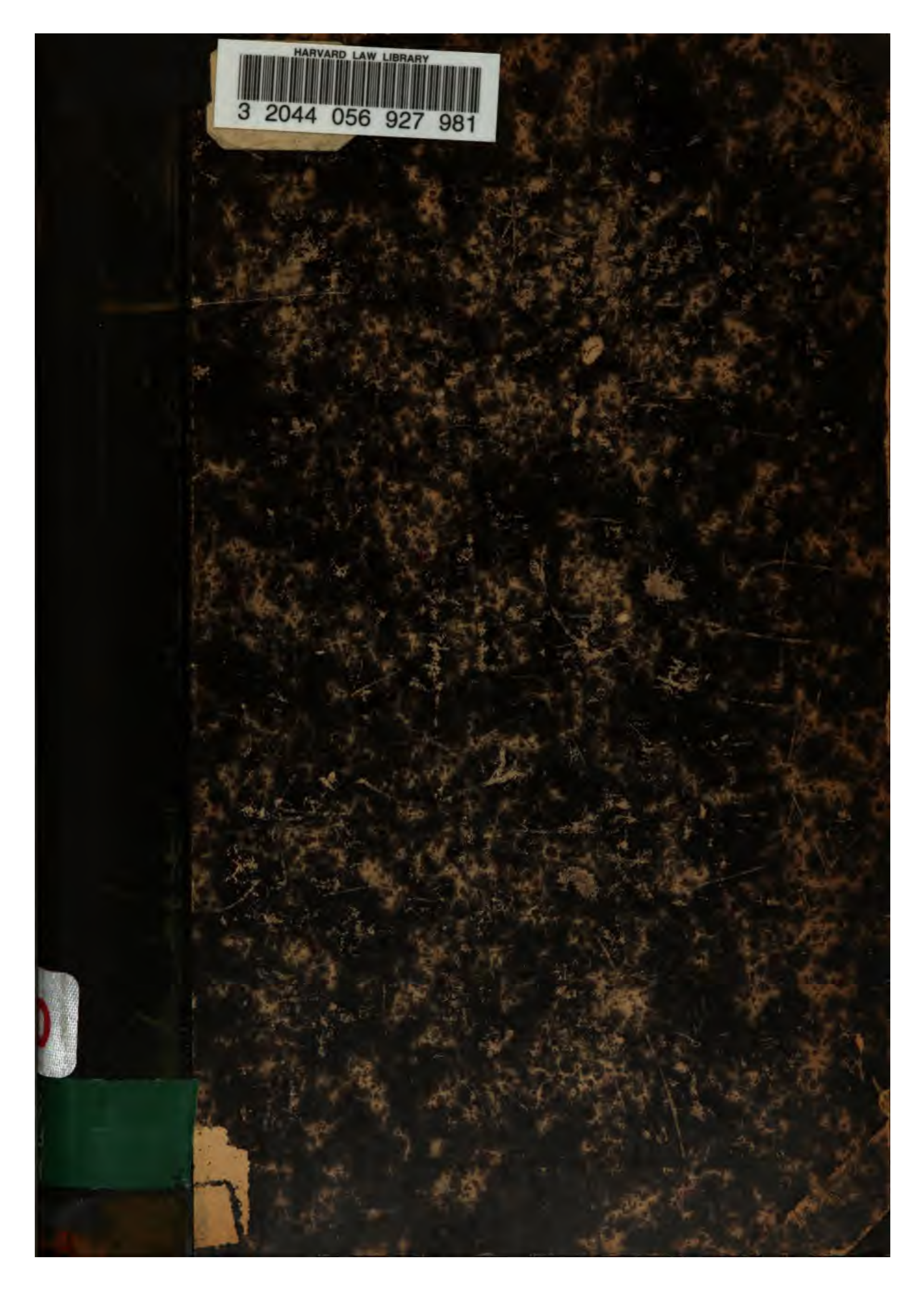
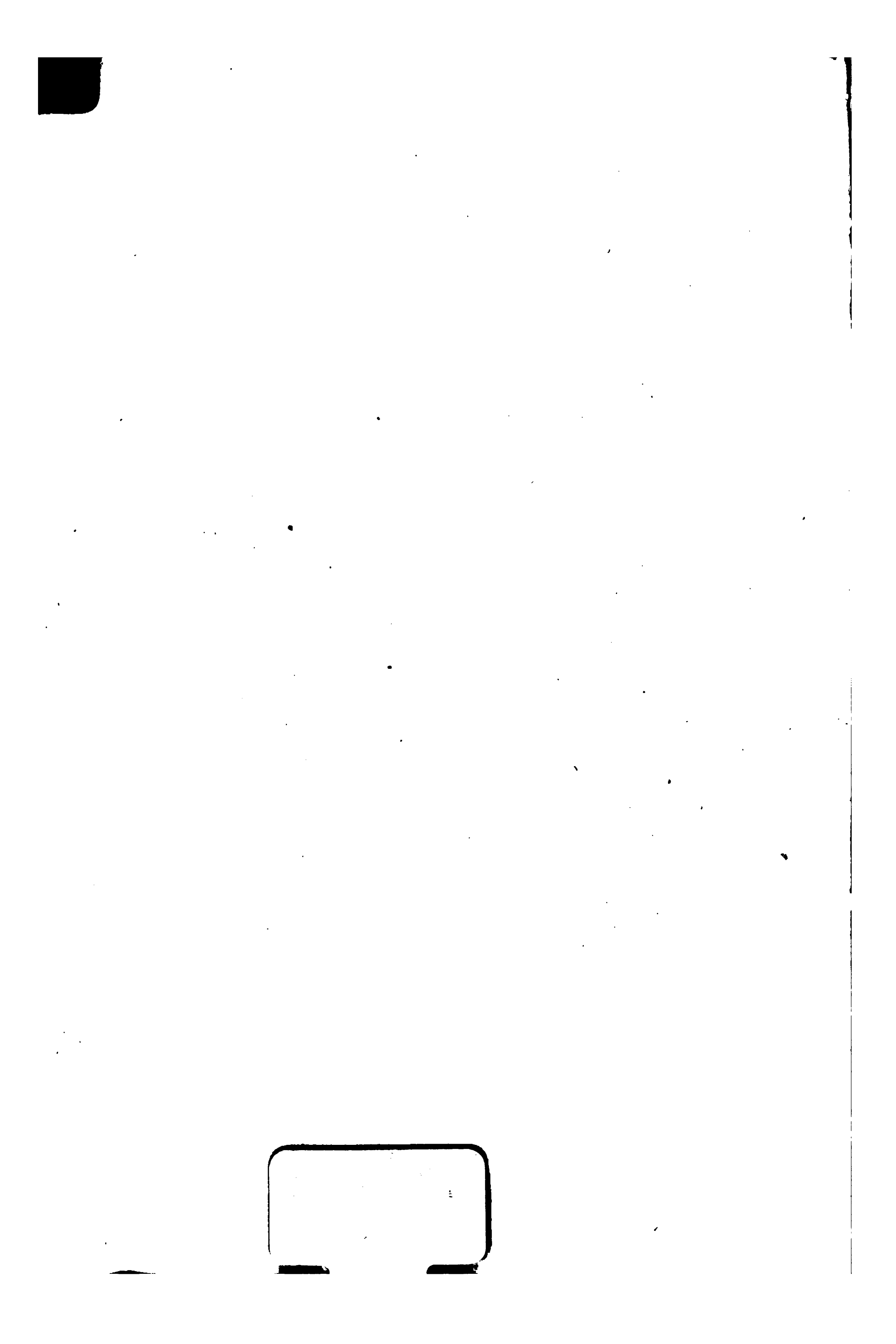

HARVARD LAW LIBRARY
3 2044 056 927 981



Die Lehre

vom

uneigentlichen Niessbrauch

nach gemeinem Recht

von

Dr. Gustav Hanausek,
Privatdocenten an der Universität Wien.

Erlangen 1879.
Verlag von Andreas Deichert.

For Tx
H

Vorrede.

Während die einzelnen Fälle des Pfandrechts an Rechten die gründlichste monographische Behandlung erfahren haben und die Hauptveranlassung der Entstehung einer Pfandrechtsconstruction waren, die ich am kürzesten mit dem Namen ihres Urhebers Bremer charakterisire, sind die Darstellungen des Niessbrauchs an Rechten weder zalreich noch vollständig. So bespricht die Schrift von Held, Die Lehre vom „Ususfructus earum rerum, quae usu consumuntur vel minuuntur“, nur den Niessbrauch an Forderungen und wird in dem Buche von Bürkel, Beiträge zur Lehre vom Niessbrauch, einer Reihe von Fällen des Niessbrauchs an Rechten nicht einmal erwähnt und der ususfructus nominum, gewiss eine der interessantesten Figuren des Niessbrauchs an Rechten, mit einer seiner Wichtigkeit und Schwierigkeit wenig entsprechenden Kürze behandelt.

Ich hielt es deshalb für keine undankbare Aufgabe den Niessbrauch an Rechten mit der ihm gebührenden Vollständigkeit und Ausführlichkeit zu besprechen.

Die Mehrzal der Fälle des Niessbrauchs an Rechten verdankt für das gemeine Recht ihren Ursprung dem bekannten, namentlich in dem Digestentitel VII. 5 besprochenen Senatusconsulte. Da sich dieses Senatusconsult zunächst und ursprünglich nur auf den Niessbrauch an

verbrauchbaren Sachen bezog, die Theorie des letzteren auch auf einzelne Fälle des Niessbrauchs an Rechten nicht ohne Einfluss ist, glaubte ich der Darstellung des Niessbrauchs an Rechten die Besprechung des Niessbrauchs an verbrauchbaren Sachen — und nur diesen bezeichne ich mit dem Ausdrucke Quasiususfructus — vorausschicken zu sollen.

Den Uebergang von der Darstellung des Quasiususfructus zu der des Niessbrauchs an Rechten musste die Erörterung einer Frage bilden, die eine weit über das nächste Thema meiner Abhandlung hinausgehende Bedeutung hat — der Frage von den „Rechten an Rechten.“ Ich beabsichtigte ursprünglich den „Rechten an Rechten“ eine eigene Abhandlung zu widmen und diese gleichzeitig mit einer den Niessbrauch an Rechten behandelnden Schrift zu publiciren. Mit jeder neuen Prüfung des ersten Entwurfes einer Arbeit über die „Rechte an Rechten“ kam ich jedoch der in dieser Controverse vornehmlich von Exner vertretenen Auffassung näher und so wurde denn endlich aus dem Entwurfe einer selbständigen Schrift ein Capitel der vorliegenden Arbeit. Die hiedurch gebotene Selbstbeschränkung nötigte mich das Buch von Thon, Rechtsnorm und subjectives Recht, kürzer zu besprechen als ich ursprünglich beabsichtigt hatte und zwang mich insbesondere mich zu Thons Resultaten nur negativ zu verhalten, ohne die vielen Detailausführungen dieser anregenden Schrift berühren zu können, denen ich vollinhaltlich beistimme.

Es ist das Verdienst der Schrift von Pfaff, Geld als Mittel pfandrechtlicher Sicherstellung, die Aufmerksamkeit der civilistischen Theorie auf das Institut der Baarcautionen gelenkt zu haben. Da das pignus irregulare eine interessante Analogie des Quasiususfructus bietet, so habe ich geglaubt, dasselbe in dem losen Zusammenhange einer Beilage des vorliegenden Buches besprechen zu dürfen.

Von der einschlägigen Literatur konnte das Buch von Birkmeyer, Ueber das Vermögen im juristischen Sinne, und der Aufsatz von E. J. Bekker, Allerlei von den dinglichen Rechten (Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft II. Bd.) wegen vorgerückten Druckes dieser Schrift leider nicht mehr benutzt werden. —

Während meines vorjährigen Aufenthaltes in Berlin und in Göttingen ist mir seitens der Professoren der dortigen Universitäten, mit denen ich in Verkehr zu treten die Ehre hatte, die freundlichste Unterstützung in meinen Studien zu Theil geworden. Ihnen allen sowie meinen verehrten Lehrern an hiesiger Universität, die in mir Lust und Freude an wissenschaftlicher Arbeit geweckt und gefördert haben, sage ich deshalb bei dem Abschiede von meiner Erstlingsschrift meinen herzlichsten Dank.

Wien, im Mai 1879.

Dr. Gustav Hanausek.

Störende Druckfehler.

S. 30 Anm. 2 Z. 3 v. u. hat das Wort „vertretbare“ wegzubleiben.
S. 137 Z. 11 v. o. hat das Wort „und“ wegzubleiben.
S. 172 Z. 14 v. u. statt „stattgefunden“ „stattzufinden.“

Einleitung.

Der ökonomische Zweck der ältesten [1]) römischen Personalservitut, des Ususfructus ist die Zuwendung des wirtschaftlichen Ertrages einer Sache während einer bestimmten Zeit an einen Anderen als den Eigentümer. Der Ususfructus ist ein altciviles Rechtsinstitut, über dessen Entwicklungsgang wir kaum mehr wie Vermutungen aufstellen können [2]). So viel aber dürfte als feststehend anzunehmen sein, dass es das Legatenrecht war, aus dem sich der Ususfructus entwickelt hat. Darauf weisen uns sowol unsere Rechtsquellen [cf. §. 4 J. de servitut. 2. 3. mit §. 1 J. de usufructu I. 4., dann den ganzen Digestentitel de usufructu VII. 1.], wie die Natur unseres Rechtsinstitutes hin. Vermöge dieser halb erbrechtlichen Stellung, die der Ususfructus seit jeher einnahm, mochte es sich mit der weiteren Entwicklung des römischen Lebens ereignen, dass ein ganzes Vermögen zum Niessbrauch legirt wurde. Der wirtschaftliche Ertrag eines ganzen Vermögens sollte dem A, dessen Proprietät dem B zukommen.

Aus den Stellen bei Cicero, pro Caecina c. IV (Moritur Fulcinius, testamento facit heredem, quem habebat e Caesennia filium, usum fructum omnium bonorum suorum Caesenniae legat, ut frueretur una cum filio) und Topica c. 3 (Non debet ea mulier, cui vir bonorum usum fructum legavit etc.) ist notwendig zu schliessen, dass schon zur Zeit Ciceros die Legirung des Niessbrauchs eines ganzen Vermögens üblich war [3]).

---

1) cf. gegen Puchta (Vorlesungen §. 179 u. a. a. O.). Elvers, Die römische Servitutenlehre §. 50 Anm. a u. S. 18.

2) cf. Elvers l. c. §. 2.

3) cf. Brinz, Pand. 2. Aufl. I. Bd. S. 782.

Das häufigere Vorkommen solcher Legate, sowie die Tatsache, dass sowol körperliche als unkörperliche Sachen, bei denen ein uti frui salva rerum substantia unmöglich war, zu immer wichtigeren Vermögensbestandteilen wurden, musste die Gesetzgebung veranlassen, eine dem verus ususfructus analoge ökonomische Wirkung auch bei diesen Vermögensobjecten herbeizuführen. Bekanntlich geschah diess durch ein namenloses Senatusconsult und die sich an dasselbe schliessende interpretirende Tätigkeit der Juristen.

Die vorliegende Abhandlung soll sich mit dem Niessbrauch ex SC^{to}, dem ganz passend sogenannten uneigentlichen Niessbrauch beschäftigen, und in ihrem ersten Teile den uneigentlichen Niessbrauch an Sachen (den Quasiususfructus), in ihrem zweiten Teile den Niessbrauch an Rechten besprechen. Vorher aber will ich es versuchen, in Kürze den Begriff und das Wesen des Vermögensniessbrauchs und zwar mit besonderer Rücksicht auf das Legat eines solchen zu charakterisiren, eine Aufgabe, die für unsere folgende Darstellung schon darum von hervorragender Wichtigkeit ist, weil der uneigentliche Niessbrauch sehr häufig Folge eines legirten Vermögensniessbrauchs ist.

Es ist nun zunächst so viel sicher, dass der Niessbrauch eines Vermögens, mag sein Entstehungsgrund welcher immer sein, nicht eine Gesammtnachfolge in dasselbe begründet, dass das Vermögen nicht als Einheit [4]), sondern als Summe, als Aggregat der einer Person zustehenden Rechte und Verbindlichkeiten für den Vermögensniessbrauch in Frage kömmt.

Wie der Rechtserwerb des Vermögensniessbrauchers danach unter den Gesichtspunkt der Einzelnachfolge fällt, so können die in dem Vermögen enthaltenen Schulden auf den Usufructuar nur nach den Regeln der Schuldübernahme übergehen und ist in letzterer Beziehung die Lex contractus

4) cf. L. 3 pr. D. de bonor. possess. 37. 1.

bei Bestellung des Vermögensniessbrauchs inter vivos resp. der Wille des Testators natürlich vor allem massgebend.

Für das Vermögensniessbrauchslegat finden sich indess in Rücksicht der auf dem Nachlasse ruhenden Verbindlichkeiten in den Quellen verschiedene im Zweifel entscheidende Bestimmungen [5]). Es sind nemlich nach der L. 69 D. ad legem Falc. 35. 2 — usu fructu bonorum legato aes alienum ex omnibus rebus deducendum est, quoniam post senatus consultum nulla res est, quae non cadit in usus fructus legatum — die Nachlassschulden vorab von dem Aktivvermögen abzuziehen und an dem sich hiernach ergebenden reinen Nachlassvermögen (an den bona im Sinne der L. 39 §. 1 D. de V. S. [6])) ist dann erst der Niessbrauch zu bestellen, der Erbe sonach zum Abzug der zur Deckung der Schulden nötigen Nachlassobjecte berechtigt.

Ist bloss an einem Teile eines Vermögens ein Niessbrauch bestellt, so ist dieser nach der L. 43 D. de usu et usufr. leg. 33. 2 [6a]) gleichfalls nur von dem nach Abzug der Schulden sich ergebenden Vermögen zu berechnen und hat nach der L. 32 §. 8 D. eod. [7]) der Erbe überdiess das Recht anstatt der reellen Einräumung des Niessbrauchs an dem betreffenden aliquoten Theile des Vermögens, die Aestimationssumme desselben dem Legatar zum Niessbrauch zu übergeben.

---

5) vgl. Dernburg, Lehrbuch des Preussischen Privatrechts I. Bd. S. 629.

6) ‚Bona' intelliguntur cuiusque, quae deducto aere alieno supersunt. —

6a) Nihil interest, utrum bonorum quis, an rerum tertiae partis usum fructum legaverit: nam si bonorum usus fructus legabitur, etiam aes alienum ex bonis deducetur, et quod in actionibus erit, computabitur. at si certarum rerum usus fructus legatus erit, non idem observabitur.

7) Usum fructum tertiae partis bonorum suorum uni ex heredibus legaverat: quaesitum est, an pecuniae, quae ex rebus divisis secundum aestimationem effecta est, tertia praestanda sit. respondit, heredis esse electionem, utrum rerum an aestimationis usum fructum praestare vellet. — cf. auch L. 27 D. de leg. I° (30).

Dieses Wahlrecht räumt nun — wie schon der Basilikenscholiast Cyrillus[8]) — Brinz[9]) dem Erben auch für den Fall ein, dass der Niessbrauch eines ganzen Vermögens legirt ist. Dagegen spricht aber einmal, dass die Quellen trotz wiederholter Besprechung des Ususfructus omnium bonorum dieses doch so wesentlichen Wahlrechts der Erben nicht erwähnen[10]), dann dass der für dieses Wahlrecht beim Ususfructus partis bonorum massgebende Grund hier fehlt.

Setzen wir nemlich, es sei der Niessbrauch an dem aliquoten Teile eines Vermögens legirt, so wäre der Erbe — von dem Wahlrecht abgesehen — gezwungen, an jedem einzelnen Nachlassobject zu dem betreffenden (ideellen) Teile den Niessbrauch zu bestellen[11]) — eine Unzukömmlichkeit, die höchstens bei Quantitäten von Fungibilien durch Teilungsvornahme zu umgehen wäre, die aber beim Ususfructus omnium bonorum offenbar gar nicht eintritt.

In welcher Weise nun beim Ususfructus partis bonorum, wenn der Erbe nicht erklärt, die Aestimationssumme bezalen zu wollen und bei einem Ususfructus omnium bonorum die Schuldentilgung zu geschehen hat, ist eine Frage, die, so sehr sie in eminenter Weise das Interesse des Erben wie des Vermögensniessbrauchslegatars betrifft, weder in den Quellen beantwortet ist, noch auch sich abstract beantworten lässt. Im einzelnen Falle wird der Erbe hiebei

8) Scholion zu den Basiliken 41. 1. Nr. 68. Heimbach 4. S. 119.

9) Pand. 1. Aufl. II. Abth. S. 902 fg., 2. Aufl. I. Bd. S. 783.

10) Besonders auffallend ist diess in der L. 37 D. de usu et usufr. leg. 33. 2: „Uxori meae usum fructum lego bonorum omnium, usque dum filia mea annos impleat octodecim: quaesitum est an praediorum tam rusticorum quam urbanorum et mancipiorum et supellectilis itemque calendarii usus fructus ad uxorem pertineat. respondit secundum ea, quae proponerentur, omnium pertinere. cf. auch Bürkel, Beiträge zur Lehre vom Niessbrauch S. 114 fg., S. 120—124.

11) Dadurch tritt aber eine für alle Beteiligten höchst unliebsame Concurrenz ein.

den mutmasslichen Willen des Erblassers sich gegenwärtig zu halten haben. Er wird, da das Vermögen ganz oder teilweise ein ihm materiell fremdes ist, wie ein ehrlicher Mann bei Verwaltung fremden Vermögens vorzugehen haben. Der Erbe wird daher verpflichtet sein, baares Geld vor allem übrigen Vermögen, Mobilien vor Immobilien, zur Schuldentilgung zu verwenden [12]).

Ein völlig lastenfreier Nachlass ist zwar begrifflich denkbar, praktisch aber, wenn man die schon in Rom üblichen Nachlasssteuern, die vom Nachlass zu tragenden Begräbnisskosten, einen eventuellen Abzug der falcidischen Quart oder etwaiger Pflichtteile bedenkt, fast unmöglich. So wird denn beim Vermögensniessbrauchslegat nahezu immer eine Feststellung derjenigen Objecte, die der Legatar zum Niessbrauch erhält, sich als nötig erweisen.

Abgesehen hievon besteht kein durchgreifender Unterschied zwischen dem Vermögensniessbrauchslegat und einer Summe von Specialniessbrauchsvermächtnissen. Zwar will Brinz [13]) einen solchen darin erblicken, dass durch teilweisen Nonusus im Falle eines Vermögensniessbrauchs nicht teilweiser Untergang der durch den Vermögensniessbrauch begründeten Niessbrauchsrechte stattfindet. Diese Ansicht von Brinz ist aber quellenmässig nicht belegbar und darum nicht zu billigen.

Unser Resultat ist demnach: Der legirte Vermögensniessbrauch ist eine Summe von einzelnen Niessbrauchsrechten, das Vermögensniessbrauchslegat eine Summe von Specialvermächtnissen [14]).

---

12) cf. Bürkels treffende Bemerkungen l. c. S. 116 fg. Windscheid III. §. 659 Anm. 4.

13) Pand. 2. Aufl. I. Bd. S. 783.

14) So richtig Bürkel l. c. S. 86. Dernburg, Lehrbuch des preussischen Privatrechts I. Bd. S. 628. Ein unbedeutender Unterschied mag hier noch Erwähnung finden. Während nemlich falls an einem Hause specialiter ein Niessbrauch legirt ist, nach der L. 34 §. 2 D. de usufr. 7. 1, im Falle das Haus abbrennt, — dem vermutlichen Willen des Constituenten gemäss — das

Sobald einmal in der erwähnten Weise festgestellt ist, welche Objecte in usufructu sein sollen, greifen die gewöhnlichen Bestimmungen über den Ususfructus Platz.

Das gilt insbesondere auch von der vom Vermögensniessbraucher zu bestellenden Caution. Sie ist eine Summe von einzelnen Cautionen. Für jedes einzelne Niessbrauchsobject ist gesondert, wenn auch vielleicht in einem collectiven Acte zu caviren [15]).

Nach dem bisher Gesagten bedarf es kaum noch ausdrücklicher Erwähnung, dass in der Bezeichnung „ususfructus omnium bonorum" das Wort „ususfructus" so wenig in seiner technischen Bedeutung gebraucht ist, wie das Wort Eigentum in der Verbindung „Eigentum [16]) an einem Vermögen" oder der Ausdruck „Pfandrecht" in der Verbindung „Pfandrecht an einem Vermögen".

Niessbrauchsrecht sich auf die Area nicht erstreckt, ist diess allerdings der Fall, falls das Niessbrauchsrecht am Hause Folge eines Vermögensniessbrauchs ist.

15) Wir finden auch nirgends in unseren Quellen eine Andeutung von einem beim Vermögensniessbrauch üblichen besonderen Cautionsformular.

16) Ein dem römischen „dominium" adäquates Wort haben wir nicht (cf. L. 13 pr. und §. 1 D. de acqu. rerum dominio 41. 1 mit L. 49 pr. D. de hered. instit. 28. 5 — dann Windscheid, Pand. I. §. 165 Nr. 1), deshalb ist diese Ausdrucksweise eine sprachlich notwendige und juristisch genau so correct oder incorrect wie „Niessbrauch an einem Vermögen". — Vor dem Irrtum aus dieser Ausdrucksweise juristische Folgerungen zu ziehen warnt schon Puchta im I. Bd. des Rhein. Museums für Jurispr. u. Philologie S. 313.

I. Theil.

Der uneigentliche Niessbrauch an Sachen (Der Quasiususfructus).

§. 1.

Allgemeines.

Den Ususfructus definirt pr. J. de usufr. II. 4 als das „ius alienis rebus utendi fruendi salva rerum substantia“. Soll der Usufructuar in die Lage versetzt werden, den wirtschaftlichen Nutzen des Niessbrauchsobjectes in so ausgedehnter Weise zu ziehen, so muss dasselbe in aller Regel in seine Detention übergehen. Das Rechtsmittel des Eigentümers, die Sache finito usufructu zurückzuerhalten, war nach römischem Rechte ursprünglich nur die Rei Vindicatio. Gegen etwaigen Missbrauch der Sache schützten den Eigentümer die allgemeinen Rechtsmittel — die actio legis Aquiliae, servi corrupti, iniuriarum, das interdictum quod vi aut clam (L. 13 §. 2, L. 15 §. 3, L. 66 D. de usufructu 7. 1). Dem unabweislichen Bedürfnisse nach Herstellung eines obligatorischen Bandes zwischen Usufructuar und Eigentümer wurde gewiss häufig (cf. Elvers, Die römische Servitutenlehre S. 451, 551) durch eine zwischen den Parteien vereinbarte Caution resp. durch Anordnung einer solchen als Bedingung der Wirksamkeit des Legates seitens des Erblassers abgeholfen, bis der Praetor allgemein die Bestellung einer Caution seitens des Usufructuars als Voraussetzung der Wirksamkeit des Ususfructus (L. 1 pr. u. §. 2 D. usufr. quemadm. 7. 9) forderte. Die römischen Juristen knüpften an den üblichen Wortlaut der Caution eine reiche Casuistik über den Umfang der Berechtigung und Verpflichtung des Usufructuars. Das dingliche Recht des Usufructuars wurde mit einer Fülle obligatorischer Zuthaten umgeben [1]). Von Interesse sind einige in unseren

1) In richtiger Anwendung der in den einzelnen Entscheidungen der Quellen hervortretenden Auffassung des römischen Rechts verpflichtet ein Erkenntniss bei Seuffert XV. 106 (OAG.

Quellen angeführte Fälle, die den Character von Uebergangsbildungen zu dem rein obligatorischen Verhältnisse des Quasiususfructus tragen. Nach L. 68 §. 1 u. 2, L. 69 u. 70 D. de usufr. 7. 1 ist der Usufructuar einer Heerde verpflichtet, die zu Grunde gegangenen oder unbrauchbar gewordenen Thiere aus den jungen Thieren zu ergänzen, erst nachdem er dieser Verpflichtung nachgekommen, werden die übrigen jungen Thiere sein Eigentum. Nach der L. 9 §. 6 D. eod. darf der Usufructuar das Seminarium des Gutes zur Aussaat benutzen, ja sogar veräussern. Er ist jedoch verpflichtet, dasselbe immer zu erneuern „quasi instrumentum agri“ (cf. L. 8 pr. D. de instr. leg. 33. 7). Wenn auf dem im Niessbrauch befindlichen Gute sich geschlossene Thierparks befinden, so genügt es nach L. 62 §. 1 D. h. t. (Tryphoninus) „eundem numerum per singula quoque genera ferarum finito usu fructu domino proprietatis adsignare, qui fuit coepti usus fructus tempore“.

War so die durch die prätorische Caution herbeigeführte obligatio ad restituendum zu einem wichtigen Bestandteil des usufructuarischen Verhältnisses geworden, so lag es nahe, sich desselben Mittels zu bedienen, um bei Sachen, deren Gebrauch ohne Consumtionsbefugniss unmöglich ist, ein dem verus ususfructus ökonomisch analoges Recht zu ermöglichen.

Es geschah diess durch ein in unseren Quellen oft erwähntes Senatusconsult[2]). Eigentumsübertragung gegen eine durch Caution begründete und gesicherte obligatorische Verpflichtung zur Restitution in genere ist das Charakteristicum des Quasiususfructus[3]).

Lübeck 31. März 1859) den Usufructuar zur Versicherung gegen Feuersgefahr.

2) Es wird ex professo behandelt in §. 2 J. de usufr. II. 4, L. 1 u. L. 2 §. 1 D. de usufructu earum 7. 5. Ulp. fragm. XXIV. 27, ausserdem erwähnt in L. 12 D. usufr. quemadm. 7. 9. L. 1 u. 24 D. de usu et usufr. leg. 33. 2, L. 69 D. ad legem Falc. 35. 2, L. 1 C. de usufr. 3. 33.

3) Ein Quasiusus ist selbstverständlich von gleicher Wirkung

Es wollten denn deshalb auch viele Schriftsteller die Darstellung des Quasiususfructus in das Obligationenrecht verweisen [4].

Ich halte diess für unzweckmässig, einmal aus historischen [5]) Gründen, dann aber deshalb, weil die Theorie des Quasiususfructus ihre notwendige Ergänzung der Lehre vom verus ususfructus zu entnehmen hat.

Der weiteren Untersuchung sei noch die Bemerkung vorausgeschickt, dass sich bei dem Stande unseres Quellenmaterials die oft besprochene Frage [6]) nach dem Alter des den Quasiususfructus sanctionirenden Senatusconsultes positiv kaum anders beantworten lässt, als dass dasselbe nicht vor Cicero (pro Caecina c. IV. Top. c. III) und nicht nach Tiber [7]) gegeben wurde.

§. 2.

Vertretbarkeit und Verbrauchbarkeit.

Neben die Personalservitut des Ususfructus ist demnach eine zweite Form des Niessbrauchs an Sachen getreten, die zunächst für verbrauchbare Sachen bestimmt, zwar

---

wie ein Quasiusufructus. Bezüglich des Quasiusus pecuniae sagt uns diess L. 5 §. 2 D. de usufr. earum. 7. 5 ausdrücklich.

4) So z. B. Elvers S. 578, ebenso auch Heimbach im Rechtslexicon XI. Bd. S. 941.

5) vgl. E. J. Bekker, Jahrb. des gem. deutschen Rechts V. S. 351. Schönemann (die Servituten S. 82) motivirt seine richtige Ansicht unrichtig.

6) Von der älteren Literatur vgl. statt Aller Glück IX. S. 388. Aus neuerer Zeit ausser den gangbaren Pandektenlehrbüchern Puchta im Rhein. Museum für Jurispr. III. S. 82 fg. Madai, Beiträge zur Dogmengeschichte S. 140 fg. Held, Die Lehre vom ususfructus earum rerum etc. Würzburger Inauguraldiss. 1848 S. 19 fg. Elvers l. c. S. 579 fg. Lahovari, de usufructu bonorum. Berliner Inauguraldiss. 1858 S. 12 fg. Bürkel, Beiträge zur Lehre vom Niessbrauch S. 25—40. Rhode, Zur Lehre vom ususfructus nominis. Greifswalder Inauguraldiss. 1876 S. 3 fg.

7) Nach der L. 3 D. de usufructu earum. 7. 5 kennen die unter Tiber lebenden Juristen Sabinus und Nerva (L. 2 §. 48 D. de O. J. I. 2) unser Senatusconsult.

durch den Parteiwillen auch auf unverbrauchbare Sachen Anwendung finden kann, im Zweifel aber nur auf die ersteren sich zu erstrecken hat.

Die Verbrauchbarkeit oder Unverbrauchbarkeit der Niessbrauchsobjecte bildet somit die nächste im Zweifel massgebende Grenzscheide der Anwendung der beiden Arten des Sachenniessbrauchs.

Die ganze ältere Literatur hatte in fortwährender Confundirung der beiden Sacheigenschaften der Vertretbarkeit und der Verbrauchbarkeit vom Quasiususfructus als einem Ususfructus an Fungibilien gesprochen (statt Aller vgl. Glück IX. S. 172) und noch Keller[1]) bezieht, obwol er den Unterschied zwischen Verbrauchbarkeit und Vertretbarkeit kennt, den Quasiususfructus „auf die verzehrlichen oder fungiblen Sachen.“ Unger scheint gleichfalls den Quasiususfructus auf die Sacheigenschaft der Fungibilität zu beziehen, wenigstens erklärt er (System I. §. 50 in f.) dass überall wo das österr. Gesetzbuch von Verbrauchbarkeit spreche, an Vertretbarkeit zu denken sei[2]). Die jüngste Monographie über unser Thema[3]) erklärt zwar principiell die Verbrauchbarkeit als die für den Quasiususfructus entscheidende Qualität, lässt aber daneben die Ver-

---

1) Pandekten §. 175. — Ebenso Mühlenbruch, Pand. II. §. 289. Madai, Beiträge zur Dogmengesch. S. 139 fg.

2) Der §. 510 des a. b. G. b. lautet aber: „Verbrauchbare Sachen sind an sich selbst kein Gegenstand des Gebrauchs oder der Fruchtniessung sondern nur ihr Werth.“ Unger hat mit der im Texte referirten Bemerkung nur Recht bezüglich des im §. 983 a. b. G. b. definirten Darlehnsvertrages. Im §. 1227 a. b. G. b. darf statt „verbrauchbare Sachen“ so wenig „vertretbare Sachen“ gesetzt werden wie im §. 510. Beiläufig bemerkt, besagt der §. 1227 in f. nichts anderes als was sich nach §. 510 a. b. G. b. ohnehin von selbst verstände (cf. Arndts, Haimerls VJSchr. V. S. 144. Gesammelte civilistische Schriften I. Bd. S. 200). Im §. 971 a. b. G. b. (Leihvertrag) hätte eine richtige Redaction das Wort „unverbrauchbar“ ganz weggelassen. (So richtig Bürkel l. c. S. 14). Gewiss würde man den §. nicht verbessern, wenn man statt „unverbrauchbar“ „unvertretbar“ setzte.

3) Bürkel l. c. S. 15.

tretbarkeit der Niessbrauchsobjecte in zweiter Linie massgebend sein.

Dieses Schwanken in der Literatur einerseits, die eminente Wichtigkeit der Qualität „Verbrauchbarkeit" für den Quasiususfructus andererseits mag es rechtfertigen, wenn ich im folgenden die Begriffe Verbrauchbarkeit und Vertretbarkeit ausführlicher bespreche.

I. Vertretbare Sachen (res fungibiles nach L. 2. §. 1. D. de R. C. 12. 1) sind solche, deren Individualität der Verkehr für gleichgiltig erachtet [4]). Der Verkehr sieht bei gewissen Gattungen von Sachen eine oder die andere Eigenschaft als so überwiegend an, dass er die individuellen Differenzen der einzelnen Species ignorirt.

Die Vertretbarkeit ist 1) eine Verkehrseigenschaft und keine natürliche Sacheigenschaft. Die Vertretbarkeit ist 2) eine objective und keine durch die lex contractus einer Sache beigelegte Eigenschaft.

.Es ist unrichtig wenn zalreiche Schriftsteller [5]) die Vertretbarkeit als einen Ausfluss des Parteiwillens und die natürliche Vertretbarkeit bloss als ein präsumtives Interpretationsmittel für diese von den Parteien gewollte Vertretbarkeit darstellen.

---

4) Die von Savigny, System VI. §. 268 gebrauchte Bezeichnung Quantitäten, die auch Goldschmidt, Handbuch des Handelsr. 1. Aufl. S. 539 acceptirt, erklärt Windscheid, (Pand. I. §. 141 Anm. 2 a. E.) mit Recht für unpassend. — Menger, (Archiv für die civil. Praxis B. 55 S. 383) hat zur Erklärung der indirecten Execution den Begriff der vertretbaren Handlung in einem in dieser Bedeutung m. W. neuen Sinne aufgestellt. Auf diese interessante Auseinandersetzung kann hier nur verwiesen werden. Hartmann, Obligation S. 33 fg. verwendet einen ganz ähnlichen Gedanken zur Reconstruction der Obligation. Von vertretbaren Handlungen wurde übrigens schon früher in einem engeren Sinne gesprochen, vgl. Menger l. c. S. 384 Anm. 15.

5) Böcking, Pand. I. §. 77 a. E. Arndts §. 51 a. E. Wächter, Württemb. Privatr. II. S. 229. Unger, System I. S. 407. Förster, preuss. Privatr. II. S. 257. Koch, Recht der Forderungen III. S. 301.

Es liegt hierin [6]) eine Verwechslung der grundverschiedenen Gegensätze von Vertretbarkeit und Unvertretbarkeit und von generischer und individueller Sachbestimmtheit in Obligationsverhältnissen.

Darum ist auch die Ausdrucksweise, dass vertretbare Sachen in concreto als unvertretbare Sachen behandelt würden, weil sie diesen Irrtum fördert, besser zu vermeiden, obwol es ganz richtig ist, dass vertretbare Sachen in einem concreten Obligationsverhältnisse als Species in Betracht kommen und unvertretbare Sachen Gegenstand einer generischen [7]) Obligation sein können. Das aber muss allerdings den oben (Anm. 5) citirten Schriftstellern zugegeben werden, dass sehr häufig ein über vertretbare Sachen geschlossenes obligatorisches Geschäft die Eigenschaft eines dem Objecte nach bloss generisch bestimmten haben wird und umgekehrt, dass sohin neben anderen Interpretationsmitteln eines concreten Rechtsgeschäftes auch die Vertretbarkeit oder Unvertretbarkeit seines Objectes eine — und zwar bedeutende Rolle spielen wird. Mit diesem letzteren Moment ist aber die Bedeutung des an die Spitze gestellten Gegensatzes nicht erschöpft.

Es gibt vielmehr eine Anzal von Verhältnissen, in denen der Begriff der Vertretbarkeit entscheidend ist.

1) So sind vor allem nur vertretbare Sachen darlehnsfähig (L. 2. §. 1. D. de R. C. 12. 1). — Wäre die Vertretbarkeit nicht eine objective Sacheigenschaft sondern Ausfluss des Parteiwillens, so wäre diese vom römischen Rechte so ängstlich gehütete Schranke sinnlos (L. 19. pr. u. L. 26

---

6) Am schärfsten hervorgehoben von Goldschmidt l. c. S. 539. Richtig wenn auch nicht mit hinreichender Schärfe betont von Puchta, Vorlesungen §. 36 a. E. Jhering, Dogm. Jahrb. IV. S. 399 fg. Bekker, Jahrb. des gem. deutschen Rechts V. S. 351. Windscheid, Pand. I. §. 141. Dernburg, Preuss. Privatr. I. Bd. S. 115 cf. auch F. Hofmann, Periculum beim Kauf S. 41 fg.

7) d. h. einer Obligation, deren Leistungsobject nicht concret sondern nur nach Merkmalen bestimmt ist. Windscheid, Pand. II. Bd. §. 255 sub. 2.

pr. D. de praescr. verb. 19. 5). Jede beliebige Sache könnte durch den Parteiwillen zur darlehnsfähigen gemacht werden [8]). Ich glaube kaum, dass die oben (Anm. 5) citirten Schriftsteller diese Consequenz ihrer Auffassung ziehen dürften, die wie für das gemeine Recht so für die modernen Particularrechte eine falsche wäre (Art. 1874 C.C. §§. 583 u. 653 ALR. I. 11. §. 983 a. b. G. b.).

2) Zinsen [9]) im technischen Sinne sind eine für den Gebrauchswert einer Quantität von Fungibilien in Sachen derselben Art geleistete Vergütung. So wenig der Vertrag gegen Hingabe von 10 Pferden, 10 Pferde in einem Jahre restituiren zu wollen ein Darlehn ist [10]), so wenig enthält die Verabredung für den in einer bestimmten Zeit gewährten Gebrauch nach Ablauf derselben statt 10 Pferden 11 Pferde restituiren zu wollen eine Zinsenbestimmung [11]).

II. Verbrauchbar [12]) sind Sachen, die durch den be-

---

8) Ich finde diess nur behauptet von Koch, Recht der Forderungen III. S. 301, und von Endemann, Handelsrecht 3. Aufl. S. 660. „Man muss nach dem heutigen Wertbegriff behaupten, dass vermittelst — — einer jeden Sache ein Darlehn gemacht werden kann" und Anm. 7 ib. „Alle Sachen sind insofern fungibel. Cf. dagegen Goldschmidt, Handelsrecht 1. Aufl. §. 61 Anm. 3 u. §. 64 N. 5.

9) cf. Arndts, Pand. §. 207; Windscheid, Pand. II. §. 259. Savigny, System VI. §§. 268 und 269. Anderer Ansicht ist auch für das gemeine Recht Dernburg, Preuss. Privatrecht II. S. 73. Dernburg lässt bei jeder Genussschuld Zinsen zu. Ich möchte nur bemerken, dass die von Dernburg als Beispiel citirten in genere zu restituirenden Actien zwar individuell erkennbar, trotzdem aber in aller Regel vertretbar sind, (cf. Goldschmidt l. c. S. 543 u. ib. Anm. 34).

10) Goldschmidt l. c. §. 61 Anm. 31, erblickt in einem solchen Vertrage mit Recht einen Innominatcontract (do ut reddas).

11) Cf. die von Goldschmidt l. c. §. 61 Anm. 32 gegebene Zusammenstellung von Fällen, in denen im classischen römischen Recht die Vertretbarkeit in eminenter Weise sich als juristisch bedeutsame Qualität äusserte. Vgl. auch Art. 338 HG.

12) Res quae usu consumuntur §. 2 J. de usufr. II. 4. — Res quae usu tolluntur vel minuuntur L. 1 D. de usufr. earum

stimmungsmässigen Gebrauch zerstört oder in ihrer Substanz wesentlich verringert werden (Unger System I. S. 401 u. Anm. 2).

Verbrauchbare Sachen sind unzweifelhaft Lebensmittel, dann Geld (§. 2 J. de usu fructu II. 9. — — pecunia numerata: namque in ipso usu adsidua permutatione quodammodo extinguitur). Kleider sind — mit wenigen kaum nennenswerthen Ausnahmen[13]) — als unverbrauchbare Sachen zu bezeichnen. Windscheid (I. §. 140) reiht die Kleider in die Kategorie der abnützbaren Sachen ein. Da sich aus der Bezeichnung einer Sache als einer abnützbaren praktisch keinerlei Consequenzen ergeben, so ist der Ausdruck besser zu vermeiden.

Die Verbrauchbarkeit ist eine objective Eigenschaft der Sachen, die wesentlich auf deren physischer Beschaffenheit beruht. Verbrauchbare Sachen können in obligatorischen Verhältnissen als Species und unverbrauchbare Sachen als bloss generisch bestimmte in Betracht kommen. Irreführend ist aber die Ausdrucksweise, verbrauchbare Sachen würden in concreto als unverbrauchbare — oder umgekehrt — behandelt.

Die weitaus grösste Zal von verbrauchbaren Sachen sind zugleich auch Fungibilien. Ausnahmen hievon haben Goldschmidt und Bürkel sich aufzufinden bemüht. Ein verbrauchbares chemisches Präparat, dessen Mischung unbekannt ist, das letzte Fass alten besonders berühmten Weines (Bürkel l. c. S. 11 fg.) — ein Kunstwerk von Conditorwaare (Goldschmidt l. c. §. 61, Anm. 35 in f.) sind verbrauchbare aber unvertretbare Sachen.

Die Formulirung Ungers (System I. S. 402) „Sachen,

7. 5. — quae abusu consistunt L. 5 §. 1 D. eod. — quae usu continentur L. 7 D. eod.

13) Verbrauchbare Bekleidungsstücke wären etwa Papierkrägen, gewisse Ballroben und ähnliche. — Auf den §. 2 J. de usufr. II. 4, wo „vestimenta“ als verbrauchbare Sachen angeführt werden, komme ich unten zu sprechen.

welche verbrauchbar sind, sind ihrer Natur nach vertretbar," ist deshalb keine ganz zutreffende.

§. 3.

Nähere Abgrenzung des Quasiususfructus *).

Ich habe bereits oben hervorgehoben, dass das für die eine oder die andere Art des Sachenniessbrauchs entscheidende Moment der Parteiwille ist, und dass nur im Zweifel die Verbrauchbarkeit der Niessbrauchsobjekte für den Quasiususfructus Ausschlag gibt. Es kann daher an unverbrauchbaren Sachen ebenso Quasiususfructus, wie an verbrauchbaren Sachen der eigentliche Niessbrauch bestellt werden. Bürkel (Beiträge S. 6) hat desshalb Unrecht, wenn er den verus ususfructus als ein Recht an einer fremden, unverbrauchbaren Sache definirt und erklärt, ein an einer verbrauchbaren Sache bestellter verus ususfructus könne nicht ein eigentlicher verus ususfructus und umgekehrt ein an einer unverbrauchbaren Sache bestellter Quasinsusfructus nicht ein uneigentlicher Niessbrauch im technischen Sinne [1]) genannt werden (l. c. S. 16). Ganz abgesehen davon, dass der häufigste Gegenstand des verus ususfructus Immobilien sind, für welche die Hervorhebung der Unverbrauchbarkeit überflüssig ist, so ist gar nicht abzusehen, warum an verbrauchbaren Sachen nicht ein verus ususfructus bestellt werden sollte. Man denke z. B. an den einem Wechsler bestellten eigentlichen Niessbrauch an Gold oder Silberbarren, an Geldstücken, die ihm nur zur Zier seiner Auslage dienen sollen. Dass ein Fall der Bestellung eines eigentlichen Niessbrauchs an Consumtibilien ein seltener

---

*) Der Quasiususfructus fällt unter den Begriff des creditum. Hierüber und über dem Quasiususfructus verwandte Contracte vgl. die Beilage.

1) Hiemit hätten wir denn glücklich einen technischen und einen nicht technischen eigentlichen, und einen technischen und einen nicht technischen uneigentlichen Niessbrauch.

sein dürfte, ist ebenso zuzugeben, wie die begriffliche Möglichkeit einer solchen Niessbrauchsstellung. An Beispielen, dass unverbrauchbare Sachen als Gegenstand eines Quasiususfructus behandelt werden, fehlt es noch viel weniger, und warum ein solcher Quasiususfructus ein Quasi-Quasiususfructus sein sollte, ist unerfindlich. Ebenso irrig ist es, wenn Bürkel (l. c. S. 15) die Qualität der Vertretbarkeit nach der der Verbrauchbarkeit als für den Quasiususfructus entscheidend anführt. So ist eine Bibliothek ein Complex vertretbarer Sachen und doch wird ganz zweifellos, falls die Parteienintention keine andere gewesen, an einer solchen, weil Bücher unverbrauchbare Sachen sind, ein verus ususfructus als bestellt anzunehmen sein.

Der Parteiwille, kraft dessen an unverbrauchbaren Sachen Quasiususfructus, an verbrauchbaren Sachen verus ususfructus bestellt werden kann, braucht nicht ausdrücklich ausgesprochen zu sein, er kann auch aus den Umständen des einzelnen Falls nach den allgemeinen Regeln über Interpretation von Rechtsgeschäften erschlossen werden [1a]).

Hier soll nur noch der vielbesprochene [2]) Kleiderniessbrauch in Kürze erörtert werden.

Kleider sind unverbrauchbare Sachen und an ihnen ist deshalb im Zweifel verus ususfructus als bestellt anzunehmen. Zur Erklärung des scheinbaren Widerspruches zwischen dem §. 2 J. de usufructu II. 4. und den beiden Pandektenstellen L. 15 §§. 4 u. 5 D. de ususfr. 7. I. und

---

1a) Ueber die den Quasiususfructus von einem Darlehn beziehungsweise einem dem Darlehn ähnlichen Innominatcontract unterscheidenden Momente vgl. die Ausführungen in der Beilage.

2) Von der älteren Literatur vgl. nur Glück IX. S. 392—404, die Dogmengeschichte findet sich ausführlich bei Madai, Beiträge S. 139—187. — Von der neueren Literatur ist namentlich zu vergleichen Bürkel l. c. S. 75 fg. — Arndts, Oesterr. VJSchr. V. S. 140 fg. Gesammelte civilistische Schriften I. Bd. S. 196—209, cf. auch die Entscheidung des OAGJena vom 11. März 1830 bei Seuffert V. n. 187.

L. 9, §. 3 D. usufr. quemadm. 7. 9. sind die verschiedensten Versuche gemacht worden. Der beste derselben scheint mir der von Arndts (l. c.) gemachte zu sein — auf dessen Besprechung will ich mich deshalb beschränken.

Nach Arndts soll die L. 15 §. 4 cit.:

Et si vestimentorum usus fructus legatus sit non sic, ut quantitatis usus fructus legetur, dicendum est, ita uti eum debere, ne abutatur, nec tamen locaturum, quia vir bonus ita non uteretur [3]),

so zu verstehen sein: „Ist ein Niessbrauch an Kleidern vermacht und zwar nicht in der Art, dass ein Niessbrauch an einer Quantität (ein Quasiususfructus) errichtet ist, dann darf der Niessbraucher die Kleider nicht ungebührlich abnutzen [4]). Die Stelle besage also wie die Institutionenstelle, dass an Kleidern im Zweifel Quasiususfructus bestellt sei, aber auch verus ususfructus bestellt sein könne. Ausgenommen im Falle der L. 15 §. 5 cit. [5]) dürfe der Niessbraucher bei Bestellung eines eigentlichen Niessbrauchs die Kleider nicht vermiethen, für die schuldlose Abnutzung aber sei er nach L. 9 §. 3 D. usufr. quemadm. 7. 9 [6]) unverantwortlich.“ Gegen diese gewiss scharfsinnige Auslegung der L. 15 §. 4 cit. spricht jedoch, dass man dieselbe sprachlich genau eben so dahin verstehen kann, „wenn ein Niessbrauch an Kleidern bestellt ist, so ist nicht wie beim Quasiususfructus zu sagen“ etc.

3) Ich acceptire die von Arndts angenommene Lesart sic ut statt sicut, da sich dieselbe auch bei Mommsen findet, und interpungire mit Mommsen zwischen sic und ut.

4) abuti = inciviliter uti. cf. Dirksen s. h. v.

5) Proinde et si scenicae vestis usus fructus legetur — — — alibi quam in scena non utetur. Sed an et locare possit videndum est. Et puto locaturum, et licet testator commodare non locare fuerit solitus, tamen ipsum fructuarium locaturum tam scenicam, quam funebrem vestem.

6) Si vestis usus fructus legatus sit, scripsit Pomponius, quamquam heres stipulatus est, finito usu fructu vestem reddi attamen non obligari promissorem, si eam sine dolo malo attritam reddiderit.

— in welchem Sinne die Stelle vor Arndts ziemlich allgemein verstanden wurde [7]).

Ganz durchschlagend gegen die Arndt'sche Auffassung der L. 15 §. 4 cit. spricht aber m. E. die L. 9 §. 3 usufr. quemadm. 7. 9, die von einem Legate des Niessbrauchs an Kleidern schlechthin spricht und doch gleich als ob das ganz selbstverständlich wäre, fortfährt, „quamquam heres stipulatus est finito ususfructu vestem reddi," also ganz offenbar im Zweifel an Kleidern einen eigentlichen Niessbrauch als constituirt annimmt. Durch die besprochenen Pandektenstellen erscheint demnach die an die Spitze gestellte Auffassung des Kleiderniessbrauchs erwiesen.

Für die Lösung des scheinbaren Widerspruches im §. 2. J. de usufr. II. 4.

„Constituitur autem usus fructus non tantum in fundo et aedibus verum etiam in servis et iumentis et ceteris rebus quae ipso usu consumuntur. Nam hae res neque naturali ratione, neque civili recipiunt usum fructum, quo numero sunt vinum, oleum, frumentum, vestimenta — — — sed utilitatis causa senatus censuit, posse etiam earum rerum usum fructum constitui, ut tamen eo nomine heredi utiliter caveatur"

möchte ich daran erinnern, dass die L. 23 §. 1 D. de auro argento 34. 2. zu den „vestimenta" alles rechnet,

„quae induendi praecingendi amiciendi insternendi iniiciendi incubandive causa parata sunt"

dass ferner bei nicht juristischen Schriftstellern [8]) Stellen

---

7) So z. B. auch von den Basiliken XVI. I. 15 (Zachariae suppl. p. 71). „Qui vestis usum fructum habet, non sic ea abutitur ut nummis, quorum usus fructus legatus est." Mir scheint diese Fassung nicht so sehr vom Texte der Pandekten abzuweichen wie Arndts l. c. Anm. 1 annimmt, dass sie nicht als Uebertragung und Erklärung der Pandektenstelle gelten könnte. Anstatt zu sagen „Beim Kleiderniessbrauch darf nicht wie beim Quasiususfructus etc. —" wählt die Basilikenstelle gleich den geläufigsten Fall des Quasiususfructus den Quasiniessbrauch am Gelde.

8) cf. Forcelini s. h. v. — Dirksen s. h. v.

wie „tenturiola facta ex vestimentis,“ „lectus vestimentis stratus“ und ähnliche vorkommen, dass es daher sehr wol möglich ist, dass der §. 2 J. cit. mit dem Worte „vestimenta“ Tuch- und Leinenvorräthe bezeichnen will, von welchen zuzugeben ist, dass der bestimmungsmässige Gebrauch derselben ohne Verarbeitung kaum möglich ist.

Will man übrigens weder diesen noch einen anderen der bisher in der Literatur gemachten Vereinigungsversuche des §. 2 J. cit. mit den oben citirten Pandektenstellen acceptiren, also einen Widerspruch zwischen den Pandektenstellen und der Institutionenstelle annehmen, so verdient die in den Pandekten recipirte Auffassung des Kleiderniessbrauchs schon wegen der Zal der sie vertretenden Stellen im Verhältniss zu der einen Institutionenstelle den Vorzug. Der Institutionenstelle ist überdiess entgegen zu halten, dass für die Frage ob eine Sachenart zu den Consumtibilien gehöre oder nicht, niemals ein Gesetz, sondern allein die physische Beschaffenheit der betreffenden Sachen entscheidend sein kann.

§. 4.

Entstehungs- und Endigungsgründe des Quasiususfructus. Accrescenzrecht.

Der Quasiususfructus [1]) hat mit dem verus ususfructus den Namen und die ökonomische Function gemeinsam und ist in Anlehnung an denselben entstanden. Alle jene Rechtssätze, die durch die gleiche ökonomische Function

1) Derselbe ist ein rein obligatorisches Verhältniss (cf. oben S. 8 fg.). Obwol die älteren Schriftsteller auch das Eigentum der Niessbrauchsobjecte auf den Quasiusufructuar übergehen lassen, nennen sie sein Recht trotzdem ein dingliches Recht an fremder Sache, was der Quasiususfructus so wenig ist, wie etwa das Darlehn, (Glück IX. S. 388 fg.). Von den Neueren sagt Schönemann, Servitutenlehre S. 82 wiederum „Auch für den Quasiususfructus erscheinen diese obligatorischen Zuthaten nur als eine Nebensache. Der Quasiususfructus wird gleich einer Servitut mit dinglicher Wirkung behandelt.“

beider bedingt sind, sind ihnen gemeinsam. Sie sollen im folgenden, soferne sie die Entstehung, die Beendigung und sonstige Eigentümlichkeiten des wahren Niessbrauchs betreffen, in ihrer Anwendbarkeit auf den Quasiususfructus besprochen werden.

A) Die bei weitem häufigste Entstehungsart wie des verus so des Quasiususfructus ist das Legat und zwar für letzteren in der Regel das Legat eines Ususfructus omnium bonorum (L. 1 D. de ususfructu earum 7. 5). Die dem legatum ususfructus eigentümlichen Grundsätze haben hier analoge Anwendung zu finden. So ist das Legat eines Quasiususfructus rei alienae zulässig (L. 5 pr. D. eod.), der dies cedens auch des legirten Quasiususfructus tritt mit der hereditatis aditio ein (L. 1 §. 2 D. quando dies 7. 3).

Der mit dem Legate eines Quasiususfructus Bedachte erwirbt nun durch das Legat niemals direct das Eigentum der Niessbrauchsobjecte, sondern ein blosses Forderungsrecht auf Bestellung des Eigentums gegen die von ihm geleistete Caution. Nach Justinianischem Recht erwirbt der Legatar, falls der Erblasser nicht ausdrücklich ein anderes angeordnet hat, an eigenen Sachen des Testators direct dingliche [2]) Rechte. Da nun der Quasiusufructuar Eigentümer der Niessbrauchsobjecte wird, so lag es nahe auch für den Fall des legirten uneigentlichen Niessbrauchs Eigentumsübergang durch das Legat selbst anzunehmen. Das geschah denn allgemein in der älteren Literatur (Glück IX. S. 414) und auch Elvers (die römische Servitutenlehre S. 589) äussert sich hierüber folgendermassen: „Die letztwillige Verfügung muss über eine individuell bestimmte Sache des Testators geschehen, wenn sie unmittelbar den Quasiususfructus erzeugen soll [3])."

2) cf. für das ältere Recht Gaius II. 193 222, dann L. 1 und 2. C. communia de leg. 6. 43, §. 2 J. de leg. 2. 20. — Anderer Ansicht freilich Marezoll, Zeitschrift für Civilrecht und Process IX. B. S. 290 fg.

3) Bis zur Cautionsleistung soll allerdings (ib. Anm. 1) die Befugniss des Quasiusufructuars suspendirt bleiben.

Ich halte diese Ansicht für unrichtig [4]). Dafür sprechen einmal die Worte „transferri debet" in der L. 7. D. de usufr. earum 7. 5., die man allerdings auch auf ein rein faktisches Uebergehen und Uebernehmen beziehen könnte. Durchschlagend aber ist die L. 1 §. 17 D. ut legatorum 36. 3. (Ulpianus) [5]), die deshalb eine ausführlichere Besprechung finden mag.

Die Stelle lautet: Si decem, quae in arca erant mihi legata sint, tibi eorum usus fructus legatus sit, si pure utrique legatum sit relictum, is cui proprietas legata est ipso iure decem vindicabit, fructuarium autem ex senatus consulto acturum et quinque usum fructum petiturum constat. sed cum decem vindicat proprietarius, per exceptionem doli posse repelli, qua fructuarius de restituendis quinque heredi cavit.

Zehn individuell bestimmte Münzen (in arca) wurden dem A zu Eigentum, dem B zu Quasiususfructus legirt. Nach einer eigentümlichen Interpretationsregel (L. 19 D. de usu et usufr. leg. 33. 2) concurriren A und B im Ususfructus der 10 Münzen. Für den A entsteht ex testamento Eigentum an allen 10 Stücken — ipso iure vindicabit. — Dem B wird der Anspruch auf 5 ex SC^{to} gegeben. Hätte das Legat des Quasiususfructus gleich dingliche Wirkung, so würde für den B, der wie wir aus den Schlussworten „qua — — cavit" erfahren, schon Caution geleistet hat, gleichfalls das Recht erwachsen, die ganzen 10 zu vindiciren, resp. weil dem A und dem B das Eigentum aller 10 zustände, somit concursu partes fierent, die Münzen auch individuell bestimmt sind, hätten A u. B das Miteigentum an allen 10 Münzen. Dass die Stelle diese Auffassung nicht hat, ist klar. Die Schlussworte „qua — — cavit" sind offenbar corrumpirt. Mommsen meint, es seien etwa die Worte ausgefallen: si paratus sit heres quinque

4) Richtig Bürkel l. c. S. 128, Windscheid III. §. 656 Anm. 2 unrichtig Schönemann l. c. S. 79.

5) Vgl. noch L. 6 pr. D. de usufr. earum 7. 5. und L. 9 §. 4 D. ad. exhibendum 10. 4.

ei solvere et stipulationem ei cedere. M. E. genügt es zur befriedigenden Erklärung der Stelle vollkommen, wenn wir statt qua — quia lesen. Der Legatar, der die ganzen 10 vindicirt, obwol er weiss, an 5 stehe dem B ein ususfructus zu, handelt unredlich, und es steht ihm deshalb insoweit die Exceptio doli entgegen. Nun hätte der vindicirende Legatar sicherlich eine replica doli, wenn dem heres seitens des fructuars nicht cavirt worden wäre — ganz analog der im weiteren Verlaufe der Stelle besprochenen A° ad exhibendum. Diese replica doli wird durch die bestellte Caution ausgeschlossen.

Der Quasiusufructuar hat zur Realisirung seines Anspruchs, die unter Anbot der Caution anzustellende persönliche Legatsklage. Der Grund der exceptionellen Stellung des Legats eines Quasiususfructus nach der besprochenen Richtung hin, liegt darin, dass die zum Wesen des Quasiususfructus gehörige Restitutionsverbindlichkeit ursprünglich nur durch die Caution entstand, und erst ganz allmälich eine — immer nur subsidiäre — gesetzliche Restitutionsverbindlichkeit des Quasiniessbrauchers anerkannt wurde.

B) Vertrag. Die Controverse[7]), ob durch Vertrag Quasiususfructus begründet werden könne, bedarf gegenwärtig keiner neuen Erörterung mehr. Von dem eben vertretenen Standpunkte aus ist der nächste Entstehungsgrund auch des legirten Quasiususfructus immer ein Vertrag — zum mindesten Tradition mit der re ipsa eintretenden von den Parteien vernünftigerweise nicht ausgeschlossenen Restitutionsverbindlichkeit[8]). An dem Charakter dieses Vertrages wird dadurch nichts geändert, wenn die Verpflichtung zu dem Abschluss desselben eine inter vivos begründete ist.

C) In einer Reihe von Fällen entsteht der Niessbrauch durch Gesetz. (Windscheid, Pand. II. §. 510 n. 38, §. 511 n. 1. u. 2. §. 517). Dieselben gehören sämmtlich dem

---

7) cf. nur Glück IX. S. 410 fg. Elvers S. 583 fg. Held, die Lehre vom Ususfructus earum S. 58 fg.

8) davon noch später.

Familienrechte an, und greifen bei denselben manche Bestimmungen ein, die diesen Niessbrauch ex lege, vom sonstigen Niessbrauch unterscheiden. Befinden sich unter solchen Vermögenscomplexen (z. B. den lucra nuptialia nov. 22. c. 23—26, c. 3 de secundis nuptiis 5. 9, c. 5 §. 1 eod.) verbrauchbare Sachen, so finden insoweit die Regeln des Quasiususfructus Anwendung.

Das eigentümliche Genussrecht[9]) des Vaters („tamquam solidum perfectumque dominium" L. 1 C. de bon. mat. 6. 60 — vorher war dasselbe wirkliches Eigentum gewesen)[10]) am peculium adventitium regulare der Kinder fällt, soweit das peculium verbrauchbare Sachen enthält, unter die Regeln des Quasiususfructus. Zwar ist die Cautionspflicht erlassen, (L. 8 §. 4 C. de bonis quae liberis 6. 61.) und das hat denn manche Schriftsteller, so unter Anderen Marezoll, (l. c. S. 363) bestimmt solchenfalls nur ein dem Quasiususfructus analoges Verhältniss anzunehmen. Dagegen ist zu bemerken, dass das essentiale des Quasiususfructus allerdings die obligatio ad restituendum ist, dass es aber für das Rechtsverhältniss selbst gleichgiltig ist, ob diese ex lege oder nur vermittelst einer Caution eintritt.

Ein plus von Nutzungsbefugnissen als sie der Quasi-

---

9) L. 1 C. de bon. mát. 6. 60. cf. L. 6 §. 2 C. de bonis quae lib. 6. 61. — Die Entscheidung bei Seuffert XX. 222. (OAG. Cassel 26. Januar 1866) erklärt das väterliche Niessbrauchsrecht für nicht cessibel.

10) cf. L. 1 Cod. Theod. 8. 18 dazu Marezoll, Zeitschr. für Civilr. u. Pr. VIII. S. 291 — gegen dessen Auffassung der Stelle Sintenis, Prakt. Civilrecht III. S. 145. Anm. 27. Sintenis erklärt sich l. c. auch gegen die Statuirung eines eigentümlichen väterlichen Genussrechtes und erklärt das Recht des Vaters für einen Niessbrauch mit ausgedehnteren Befugnissen. Ich halte die Controverse hierüber mehr für einen Wortstreit als für einen Dissens in meritorischer Beziehung. Glück XIV. S. 368 und die bei ihm citirten sprechen von einem eigentümlichen Nutzungs- und Verwaltungsrechte des Vaters. Das letztere Moment ist in der gegenwärtigen gemeinrechtlichen Theorie mit Recht fallen gelassen.

usufructuar als Eigentümer hat, ist eben undenkbar, darum schwindet die bei den Objecten des verus ususfructus etwa festzuhaltende Differenz zwischen einem gewöhnlichen Ususfructus und dem eigentümlichen väterlichen Nutzungsrecht[11]).

Nicht unbedenklich erscheint allerdings für die eben aufgestellte Ansicht ein Passus der L. 8 §. 5 C. de bonis quae liberis 6. 61. Dieselbe handelt von den dem Vater gestatteten Veräusserungen von Vermögensstücken der Kinder und sagt in ihrem Schlusspassus von dem durch diese Veräusserungen erlangten Kaufpreis „ut pretium earum (scil. rerum) vel in res vel in causas hereditarias procedat vel filio servetur". Das Wort „servetur" kann nun eben so gut bedeuten unberührt bewahren, als sich auf die künftige Restitution beziehen. Versteht man dasselbe in dem ersten Sinn, dann gelangt man allerdings zu dem Resultat, dass der Vater im Vermögen des Hauskindes befindliches Geld — die wichtigste Art verbrauchbarer Sachen — nicht angreifen dürfe. Erwägt man dagegen, dass schon ein gewöhnlicher Vermögensniessbraucher das Recht hat, im Vermögen befindliches Geld als sein Eigentum zu behandeln, so wird man dem Vater dasselbe Recht gewiss nicht aberkennen wollen, und zwar um so weniger, als wir sonst zu dem wirtschaftlich unsinnigsten Resultate, gelangen würden. Vorausgesetzt nemlich der Vater darf das Capital der Kinder nicht kraft seines väterlichen Rechts collociren, so darf er es nach der m. E. richtigen Ansicht auch nicht mit Zustimmung der Kinder[12]). Zu einer solchen aber müssten, deren Zulässigkeit selbst zugegeben, die Kinder doch volljährig sein.

Das Resultat wäre also im Falle der Minderjährigkeit der Kinder, dass die Capitalien derselben unverwertet liegen bleiben müssten. Das Erkenntniss bei Seuffert XVII. 65 [13]) un-

---

11) cf. auch Windscheid II. §. 517 N. 1 u. Elvers S. 583 fg.

12) arg. L. 8 §. 5 C. cit. Vangerow I. §. 236. — Anderer Meinung Sintenis III S. 147 Anm. 40 u. v. Wening Ingenheim, Lehrbuch §. 393.

13) OAG. Rostock 18. Nov. 1861.

tersagt dem Vater die Collocirung der Capitalien seiner Kinder. Das ist von dem deutschrechtlichen Princip der väterlichen Vormundschaft aus, bei der heute so entwickelten Obervormundschaft ganz richtig und wirtschaftlich unbedenklich. Nur sollten die Gerichte solche vollkommen zeitgemässe Entscheidungen nicht auf die Bestimmungen Justinians über das peculium adventitium regulare stützen.

D) Sowie der Richter zum Zwecke einer Urteilsexecution oder im Teilungsverfahren durch seinen Zuspruch einen eigentlichen Niessbrauch bestellen kann (L. 6 §. 1 D. de usufructu 7. 1. L. 16 §. 1 D. fam. herc. 10. 2.) so auch den Quasiususfructus durch Eigentumszuspruch gegen Cautionsleistung.

E) Da zum Wesen des Quasiususfructus die obligatio ad restituendum gehört, so kann der Quasiususfructus niemals durch Ersitzung[14]) oder durch Occupation begründet werden.

A) Die beiden wichtigsten Endigungsgründe jedes Niessbrauchs waren nach römischem Rechte der Tod und die Capitis deminutio des Berechtigten. Wie die Capitis deminutio minima auf den Bestand des Niessbrauchs nach neuestem römischen Rechte einflusslos war, so galt dieses analog auch vom Quasiususfructus (L. 16 §. 2 C. de usufructu 3. 33. §. 3 J. de usufr. II. 4). Normaler Weise wurden denn auch nur diese beiden Endigungsgründe in der Caution des Quasiusufructuars angeführt (L. 9 D. de usufr.

14) Moderne Particularrechte kennen einen „Besitz an Obligationen“ und darum auch die Ersitzbarkeit der Obligationen, vgl. z. B. §§. 311 u. 1455. österr. a. b. G. b. (Anderer Ansicht Unger, System I. §. 62 N. 25. — II. §. 164 S. 269) — über das preussische Recht, Dernburg, Lehrbuch des preuss. Privatr. I. S. 356. Der Besitzbegriff ist jedoch nur auf Obligationen anwendbar, die auf fortdauernde oder regelmässig wiederkehrende Leistungen gerichtet sind. Da das bei der obligatio ad restituendum des Quasiusufructuars nicht der Fall ist, so ist auch nach den erwähnten Particularrechten die Begründung des Quasiususfructus durch Ersitzung unmöglich.

earum. 7. 5, L. 7 §. 1 D. usufr. quemadm. 7. 9). Für das heutige Recht hat die Capitis deminutio überhaupt und so auch für unser Verhältniss ihre Bedeutung verloren.

B) Der Quasiniessbrauch erlischt selbstverständlich durch Ablauf der Zeit, für die er constituirt wurde, und durch den Eintritt einer Resolutivbedingung.

C) Wie der Niessbrauch, so erlischt auch der Quasiniessbrauch juristischer Personen durch Ablauf von 100 Jahren (L. 56 D. de usufr. 7. 1 L. 8 D. de usu et usufr. 33. 2).

D) Der Quasiniessbrauch geht unter durch Confusion nach deren allgemeinen Regeln. Aus der L. 57 D de usufr. 7. 1 im Vergleich mit L. 17 D. quibus modis 7. 4 ergibt sich, dass der Niessbrauch durch Consolidation nur untergeht, wenn der Usufructuar das Eigentum aus einem unwiderruflichen Grunde erworben hat[15]. Auch diese Bestimmung ist analog auf den Quasiniessbrauch auszudehnen.

E) Der Quasiniessbrauch hört auf durch angenommenen Verzicht.

F) Die eigentümliche Erlöschungsart der L. un. C. si secundo nupserit mulier V. 10 greift auch beim Quasiniessbrauch Platz.

Durch Untergang oder wesentliche Umgestaltung der Sache endigt der Quasiniessbrauch nicht, da der Quasiusufructuar als Eigentümer alle Gefahr trägt. Eben so wenig finden die Bestimmungen über Untergang durch Nonusus auf unser Verhältniss Anwendung.

In allen den genannten Endigungsfällen entsteht für den Quasiniessbraucher die Restitutionsverflichtung, und kann wegen der obligatorischen Natur des Quasiususfructus von einem ipso iure Erlöschen desselben keine Rede sein.

Schliesslich mag noch das eigentümliche Accrescenzrecht[16] des legirten Ususfructus in Anwendung auf unser Verhältniss besprochen werden.

---

15) Dernburg, Preuss. Privatrecht I. S. 610.

16) Ich muss gestehen, dass ich das Accrescenzrecht beim Legate des Ususfructus durchaus nicht so natürlich und selbst-

Bis auf Justinian war Bedingung des Anwachsungsrechtes bei Vermächtnissen nebst der selbstverständlich nötigen Coniunctio[17]) — re oder re et verbis — die Legirung in Form des Vindications- oder Präceptionslegats. Durch diese allein konnten unmittelbar dingliche Rechte für den Legatar begründet werden, und nur bei diesen Legatsformen deshalb von einem „concursu partes fieri" — der althergebrachten Voraussetzung der Accrescenz[18]) — die Rede sein. Damals war das ius accrescendi bei Vermächtnissen im vollsten Sinne des Wortes ein jus non decrescendi. Wer im Testamente gesagt hatte „fundi Corneliani usum fructum Titio et Maevio do lego", der hatte nach der Vorstellung des römischen Rechts der älteren Zeit jeden zum Ganzen berufen[19]). Da durch das Legat des Quasiususfructus niemals unmittelbar Eigentum begründet wird, war daher bis auf Justinian bei demselben die Accrescenz ausgeschlossen[20]).

Seit der L. un. §. 11 C de caducis tollendis 6. 51 ist das Accrescenzrecht für alle Arten von Legaten und Fideicommissen das gleiche, es greift auch dann Platz, wenn durch das Vermächtniss zunächst nur eine Obligation begründet wird. Daher gelten auch für das Legat des Quasi-

---

verständlich finde, wie diess seit K. Alb. Schneider, Recht der Anwachsung (vgl. S. 283 fg.) ziemlich allgemein angenommen wird. So will Unger, System VI. §. 71 N. 5 das römische Accrescenzrecht vollkommen in das österreichische Recht hineintragen. Richtig dagegen Dernburg, Preuss. Privatrecht I. S. 608 Anm. 11 für das preussische Recht.

17) L. 1 u. 14 §. 2 D. de usufr. accr. 7. 2. Vat. fr. §§. 75—77.

18) §. 79 Vat. fr. L. 3 pr. D. de usufr. accr. 7. 2. §. 85 Vat. fr. „damnatio partes facit".

19) Das Recht präsumirte nicht, der Erblasser habe jeden zum Ganzen berufen. Der vermutliche Wille des Erblassers war blos das legislative Motiv der stringenten Gesetzesnorm gewesen. cf. K. A. Schneider l. c. S. 56.

20) Auf die caducarischen Bestimmungen der Leges Julia et Papia Popea und des SC. Neronianum in seiner Wirkung auf unser Verhältniss einzugehen, würde zu weit führen.

usufructus die Regeln „de usufructu accrescendo". (Tit. Dig. 7. 2. Vat. fr. §§. 75—88). Die Ergebnisse der Anwendung dieser Regeln auf unser Verhältniss werden zwei Beispiele am besten illustriren.

(I) Dem A, B und C wird der Niessbrauch des gesammten Baargeldes einer Verlassenschaft legirt. A lehnt ab, B und C erwerben den Niessbrauch allein. Später fällt B durch den Tod weg. Die Hälfte des B accrescirt nun dem C und dem A. A und C erwerben ein Viertel des Gesammtbetrages, so dass in dem dem A angefallenen Viertel die Hälfte des von ihm früher abgelehnten Drittels an ihn zurückgelangt, (arg. L. 1 §. 3, L. 10 D. de usufr. accr. 7. 2. Vat. fr. §§. 75 u. 76)[21]).

(II) Dem A und dem B ist der Niessbrauch des gesammten Baargeldes einer Verlassenschaft legirt. Beide erwerben das Legat, später beerbt der A den Erben und Proprietar der Summe, an der ihm und dem B der Quasiususfructus bestellt ist. Sein Recht aus dem Quasiniessbrauch geht confusione unter. Dem A wie dem B bleibt trotzdem das eventuelle Accrescenzrecht gewahrt. Fällt A weg so erwirbt B den Niessbrauch am Gesammtbetrag und umgekehrt[22]).

21) Windscheid III. §. 645 N. 4. Schlayer im Archiv für civilistische Praxis 51. Bd. nam. S. 352. — Dass eine abgelehnte portio auch an denjenigen, der sie abgelehnt hat, eventuell vermöge der Accrescenz ganz oder teilweise zurückgelangt, ist eine aus dem Satze, „usufructus quotidie constituitur" in formalistischer Consequenz von den Römern gezogene Folgerung. Schlayer hat die Quellenmässigkeit dieses Satzes, nicht aber, dass er ein naturgemässer ist, erwiesen.

22) arg. L. 3 §. 2 D. de usufr. accr. 7. 2. (— — — si duobus usus fructus legetur et apud alterum sit consolidatus, ius accrescendi non perit, neque ei apud quem consolidatus est neque ab eo, et ipse quibus modis amitteret ante consolidationem, iisdem et nunc amittet). Das volle Verständniss der Stelle ergibt sich aus dem Zusammenhange mit §. 83 Vat. fr., welcher §. die ursprüngliche Fassung der Stelle enthält, die mit den Worten schliesst „iisdem et nunc ipso quidem iure non amittet, sed praetor subsecutus

§. 5.

Die Restitutionspflicht des Quasiusufructuars.

Die Obligatio ad restituendum vermittelt nach dem den Quasiniessbrauch normirenden Senatusconsult eine in den Quellen wiederholt (§. 2 J. de usufr. II. 4. L. 2. pr. u. §. 1, L. 6 u. 7 D. de usufr. earum 7. 5. L. 7. §. 1 D. usufr. quemadm. 7. 9) besprochene Caution. Daneben ist in den Quellen auch eine Restitutionspflicht ex lege anerkannt. Hier beschäftigt uns nun die Frage, in welcher Weise diese Restitution zu geschehen hat.

Dass von einer alternativen Obligation des Niessbrauches entweder dieselbe Quantität Sachen derselben Qualität oder aber die Aestimationssumme zu restituiren nicht die Rede sein könne, hat Bürkel[1]) mit Recht hervorgehoben. Die L. 7 D. de usufr. earum 7. 5. sagt ausdrücklich „ab eo cautio desideranda est ut — — eiusdem qualitatis res re-

exemplum iuris civilis utilem actionem dabit fructuario". Die Stelle besagt so vervollständigt folgendes: Dem A und dem B ist der Ususfructus einer Sache legirt. A erwirbt das Eigentum derselben, das Recht auf Accrescenz verbleibt ihm, da seine Rechtsstellung durch den Eigentumserwerb nicht verschlechtert werden soll. — Aber auch die Stellung des Niessbrauchscollegatars betreff der Accrescenz soll nicht eine ungünstigere werden, und darum gibt der Praetor, soferne die Voraussetzungen des Niessbrauchslegates in der Person des Eigentümer-Niessbrauchers erlöschen, dem B eine A° utilis auf Herstellung des Niessbrauchs an der Hälfte, die der A zu eigen hat. — B hat eine auf der Sache selbst lastende Aussicht auf eventuelle prätorische Herstellung des durch Consolidation untergegangenen Niessbrauchs. Vgl. über diese Stelle Hartmann, Rechte an eigener Sache. Freiburger Programm 1877 S. 27 fg. (Dogmatische Jahrbücher XVII. Bd. S. 90 fg.).

1) Beiträge S. 44. Richtig Held, die Lehre vom usufructus earum rērum etc. S. 72. cf. dagegen Glück IX. 389. Puchta, Pandekten §. 182. — Eine alternative Obligation normirt der Art. 587 CC. cf. Zachariae Hdb. des franz. CR. [Puchelt] §. 225. Legislativ richtiger das ALR. I. 21. §. 178 u. das a. b. G. b. §. 510.

stituatur aut aestimatis rebus certae pecuniae nomine cavendum est, quod et commodius est". Hier wird somit als das prius Restitution derselben Quantität Sachen derselben Qualität genannt, nur bei vorausgegangener Schätzung ist die Aestimationssumme zu restituiren. Das entscheidende ist die durch die Caution festgestellte Norm. — Ein Recht der einen oder anderen Partei, auf Aestimation zu dringen, ist nicht anzunehmen. Anderer Ansicht ist Bürkel (l. c. S. 44). Ich kann weder in der Bemerkung „quod et commodius est" der L. 7 D. cit. noch auch im §. 2 J. de usufr. II. 4. (sed aestimatis his satisdatur ut — — tanta pecunia restituatur, quanti eae fuerint aestimatae) eine solche Bestimmung erblicken. Was hat aber der Quasiniessbraucher zu restituiren, wenn keine Caution bestellt wurde oder die bestellte Caution hierüber keine Bestimmung enthält? Nach der eben citirten L. 7 D. de usufr. earum 7. 5, müssen wir uns solchenfalls für die Restitution des tantundem eiusdem qualitatis aussprechen. — Dieser Satz erleidet jedoch eine doppelte Beschränkung. Einmal im Falle der Bestellung eines Quasiniessbrauchs an unvertretbaren[2]) Sachen. Hier ist die Aestimationssumme zu restituiren, weil eine Restitution von „tantundem eiusdem qualitatis" praktisch kaum durchführbar wäre, gewiss aber der Parteienintention widersprechen würde. Man nehme an, an Kleidern sei in concreto ein Quasiususfructus bestellt. Verpflichtet man den Quasiusufructuar zur Restitution eben solcher Kleider, so böte das vielfach kaum überwindliche Schwierigkeiten, gewiss aber würde der Zweck des Quasiususfructus, die Absicht bei dessen Bestellung gründlich vereitelt, indem der Quasiusufructuar sich seiner Restitutionspflicht kaum anders entledigen könnte als dass er dieselben Species von Klei-

2) Da unvertretbare Sachen mit unerheblichen Ausnahmen zugleich unverbrauchbar vertretbare Sachen sind, so werden sie nur dann Gegenstände des Quasiususfructus sein, wenn der hierauf gerichtete Parteiwille erweisbar ist.

dern restituirt. Dann aber wird selbst beim Quasiniessbrauch vertretbarer Sachen der Quasiusufructuar von der Restitution des „tantundem eiusdem qualitatis“ loszuzälen sein, wenn diese Verpflichtung für ihn eine unverhältnissmässig schwierige wäre, und hiedurch sein Recht zu einem illusorischen würde. Gesetzt der Quasiususfructus einer Bibliothek steht der Wittwe eines Gelehrten zu, so wird die nahezu einzige Möglichkeit der Verwertung ihres Rechts die Veräusserung der Bibliothek sein. Wollte man nun die Niessbraucherin zwingen finito usufructu Exemplare derselben Bücher zu restituiren, so würde ihr Recht zu einem praktisch wertlosen.

Ueber die Restitutionspflicht entscheidet also 1) zunächst die Caution. 2) Mangels einer solchen wird α) bei vertretbaren Sachen Restitution derselben Quantität von Sachen derselben Qualität anzunehmen sein, mit Ausnahme jedoch solcher Fälle, in denen diese Verpflichtung eine ganz unverhältnissmässige Belastung des Quasiusufructuars zur Folge hätte. β) Bei unvertretbaren Sachen wird Mangels einer Parteiberedung auf Restitution der Aestimation zu erkennen sein.

In den sub 2 angeführten Fällen werden ebenso beide Parteien das Recht haben, von vorn herein auf Aestimation und Normirung ihrer Restitution durch Caution zu dringen.

Ist nun in concreto die Wertsumme der zu Niessbrauch gegebenen Objecte zu restituiren, so kann es mangels einer Parteiberedung streitig sein, welcher Zeitpunkt der für die Schätzung massgebende ist. Besprochen und für das gemeine Recht richtig entschieden ist die Frage nur von Proudhon [3]. Proudhon erklärt das tempus constituti und nicht das tempus finiti ususfructus für massgebend.

---

3) citatus bei Zachariae (Puchelt) §. 226 Anm. 6. Die Bemerkungen von Zachariae gegen Proudhon passen nur für das französische Recht, das im Art. 587 CC. eine alternative Restitutionsverpflichtung des Quasiniessbrauchers anerkennt.

Zu Gunsten der Anschauung, dass das tempus finiti ususfructus entscheiden solle, liesse sich sagen, dass falls die Parteien nichts ausgemacht, Restitution derselben Quantität von Sachen derselben Qualität einzutreten habe, daher, da dieses in concreto unzulässig sei, Restitution des Wertes derselben zur Restitutionszeit. Für das tempus constituti ususfructus sprechen jedoch zunächst unsere Quellen, die überall von einer Restitution des Schätzungswertes zur Zeit der Hingabe sprechen, dann die nähere Betrachtung unseres Verhältnisses. Werden Sachen zum Niessbrauch gegeben gegen seinerzeitige Restitution des Wertes, so fungiren dieselben als Wertträger (cf. Windscheid I. §. 206), und deshalb ist es naturgemäss, die hingegebene Wertquantität als seinerzeitiges Restitutionsobject zu behandeln.

§. 6.

Die Cautionspflicht des Quasiusufructuars.

Die Cautio quasiusufructuaria besteht nach römischem Recht in einer Stipulation mit Bürgenstellung [1]). Die Stipulation ist für das heutige gemeine Recht weggefallen, und statt der Bürgenstellung lässt die heutige Praxis auch Sicherheitsleistung durch Pfänder und in deren Ermanglung die Cautio iuratoria zu [2]). Beides ist zwar nicht quellenmässig, aber gewiss für die heutigen Lebensverhältnisse passend. Das gleiche gilt von dem Anspruch auf Inventarisation, den ein Erkenntniss (Seuffert XIII. 15 [3]) dem Proprietar einräumt.

---

1) §. 2 J. de usufr. II. 4. L. 8 D. de usufr. earum 7. 5. L. 13 pr. D. de usufr. 7. 1.

2) Seuffert XXIV. 301. OAG. Rostock 17. Sept. 1866. Das Erkenntnis bei Seuffert XV. 105. OAG. Lübeck 31. März 1859 lässt im Falle der Unmöglichkeit der Cautionsleistung durch Bürgen sofort und nur Cautio iuratoria zu.

3) OAG. München 16. Juli 1859. Anders ein Erkenntnis des OAG. Celle vom 25. April 1854. Seuff. IX. 137. Der er-

Hier bedürfen noch mehrere Punkte einer Erläuterung.

A) So lange die Caution noch nicht geleistet ist, hat der Quasiusufructuar kein Rechtsmittel zur Erlangung der Niessbrauchsobjecte. Die Cautionsleistung [4]) gehört zur Klagbegründung in dem Sinne, dass der Quasiniessbraucher entweder α) die geschehene Cautionsleistung β) oder deren vergebliches Anbot γ) oder Verzicht auf dieselbe seitens des Beklagten behaupten und beweisen muss. Sein Petit kann im zweiten der genannten Fälle auch nur dahin gehen: Gegner sei schuldig diese und jene Objecte zum Quasiniessbrauch gegen die von ihm (dem Kläger) zu bestellende Caution zu leisten. Insoferne ist also das gesetzliche Gebot der Bestellung der quasiusufructuarischen Caution von „richterlichen Amtswegen" zu berücksichtigen (cf. Seuffert XXX. Nr. 82. OAG. Lübeck 29. Oct. 1872).

B) Welche Rechtsmittel hat der Proprietar, falls der Quasiusufructuar ohne Cautionsleistung die Objecte des Quasiususfructus erlangt hat. Hier sind folgende Fälle zu unterscheiden.

1) Es geschah diess ohne Willen des Proprietars. Dann hat derselbe α) das Interdictum quod legatorum (L. 1 §. 2 quod leg. 43. 3. ut quod quis legatorum non ex voluntate heredis occupavit, id restituat heredi) β) die Rei Vindicatio (arg. L. 7 D. usufr. quemadm. 7. 9) γ) im Falle beim Quasiniessbraucher bereits erfolgter Consumtion eine condictio sine causa (L. 6 D. de cond. ob turpem causam 12. 5. und Windscheid II. §. 424).

2) Der Proprietar hat auf die Cautionsleistung verzichtet. So lange eine gesetzliche Obligation des Quasiusufructuars auf Restitution noch nicht entwickelt war, war seine Verpflichtung solchenfalls in der That nur eine na-

---

wähnte Anspruch lässt sich etwa durch Berufung auf L. 1 §. 4 D. usufr. quemadm. 7 9 auch quellenmässig rechtfertigen.

4) Ausgenommen sind die Fälle gesetzlicher Befreiung von der Cautionsleistungspflicht, vgl. deren Zusammenstellung bei Windscheid I. §. 204 Anm. 8 vgl. auch oben S. 23.

turale [5]). Mit der Anerkennung einer subsidiär gesetzlichen Restitutionsverbindlichkeit des Quasiniessbrauchers war die Möglichkeit des Verzichtes auf die Caution unbeschadet einer vollwirksamen Verpflichtung seinerseits gegeben [6]).

3) Die Hingabe kann in der Voraussetzung der Cautionsleistung erfolgt sein. Wurde ein solcher Innominatcontract (do ut facias) abgeschlossen, dann kann zweifellos, falls die Caution nicht bestellt wird, die Condictio causa data causa non secuta, respective die A° praescriptis verbis auf Cautionsleistung angestellt werden. Indess wird der mit der Condictio belangte Quasiusufructuar durch Berufung auf das dem Quasiniessbrauch unterliegende rechtliche Verhältniss (Legat — Contract) unter Anbot der Caution dieselbe praktisch eliminiren können, dieselbe wird eine Klage auf Cautionsleistung werden [7]).

4) Wie nun, wenn die Hingabe der Sachen geschah, ohne dass man sagen kann, sie sei in der Voraussetzung künftiger Cautionsleistung geschehen und ohne dass ein Verzicht auf diese vorliegt? Hier ist nun zunächst so viel sicher, dass nach L. 5 §. 1 D. de usufr. earum 7. 5, L. 10 D. de praescr. verbis. 19. 5, L. 1 §. 17 D. ut leg. 36. 3, L. 9 §. 4 D. ad exh. 10. 4, finito usufructu Restitution von tantundem begehrt werden kann. Durch die citirten Stellen ist die Restitutionsverbindlichkeit des Quasiniessbrauchers zu einer subsidiär gesetzlichen erhoben worden. Die weitere Frage ist aber die: hat der Proprietar constante usufructu irgendwelche Rechtsmittel, hat er ins-

---

5) Nur insoweit hat Elvers, die römische Servitutenlehre S. 582, Recht.

6) Ich verstehe deshalb die Zweifel von Elvers l. c. nicht. Richtig schon Glück IX. S. 416 u. Bürkel l. c. S. 146.

7) Gesetzt nämlich der Quasiusufructuar müsste auf die Condictio des Proprietars hin das Erhaltene herausgeben, so würde er sofort durch Anstellung der Klage ex legato oder ex contractu unter Anbot der Caution das Zurückgegebene wieder erhalten können.

besondere Anspruch auf Cautionsleistung und Restitutionsforderung? Elvers[8]) lässt die Klage auf Cautionsleistung — und damit indirect die Rückforderungsklage — nur zu im Falle eines zwischen den Parteien abgeschlossenen Innominatcontractes, indem er in den eben citirten 4 Stellen einen Innominatcontract in völlig willkürlicher Weise supponirt. Bürkel[9]) hingegen lässt solchenfalls sowol eine Klage auf Cautionsleistung als eine Rückforderungsklage zu. Auch Bürkels Auffassung halte ich für unrichtig. Der Proprietar hat vielmehr constante usufructu nur die Klage auf Cautionsleistung. Die entscheidende Stelle ist die L. 5 §. 1 D. h. t.

(Ulpianus libro octavo decimo ad Sabinum). Si pecuniae sit usus fructus legatus vel aliarum rerum, quae in abusu consistunt, nec cautio interveniat, videndum, finito usufructu an pecunia quae data sit vel ceterae res, quae in absumtione sunt, condici possint. sed si quidem adhuc constante usu fructu cautionem quis velit condicere, dici potest omissam cautionem posse condici, incerti condictione: sed si finito usu fructu ipsam quantitatem, Sabinus putat posse condici: quam sententiam et Celsus libro octavo Digestorum probat: quae mihi non inarguta videtur.

Die Stelle unterscheidet klar und scharf das Rechtsverhältniss constante und finito usufructu und normirt in dem ersten Falle eine Condictio incerti der Caution, in dem zweiten die Rückforderungsklage[10]). Es ist deshalb unrichtig, wenn vielfach behauptet wird, die Stelle schliesse eine constante usufructu stattfindende Rückforderungsklage nicht aus. Praktisch würde sich ja ohnediess der Quasiusufructuar durch die Berufung auf das unterliegende Verhältniss — also z. B. ein Legat — unter gleich-

8) l. c. S. 587.

9) l. c. S. 141.

10) cf. Cuiacius (Fabrot) X. 407. Glück IX. 147, dann die Basilikenstelle zu L. 5 §. 1 D. cit. Bas. 16. 5 (Zachariae suppl. p. 107).

zeitigem Cautionsangebot einer solchen Rückforderungsklage gegenüber befreien können — was auch von gegnerischer Seite zugegeben wird [11]). Durch die Condictio incerti cautionis soll die für den Quasiusufructuar durch Unterlassung der Cautionsstellung erwachsene ungerechtfertigte Bereicherung behoben werden [12]).

Diese Condictio incerti cautionis wurde ursprünglich von den römischen Juristen gerne an die Analogie eines indebite solutum angeknüpft [13]). Später fand sie aber auch Anwendung, wo die Analogie eines indebite solutum unmöglich war und auch nicht beigezogen wurde — so in der L. 3 §. 5 D. si cui plus quam 35. 3 und in unserer L. 5 §. 1 D. de usufructu 7. 5. Voigt [14]) erblickt deshalb mit Unrecht in unserer Stelle eine Cio. indebiti im technischen Sinne; man muss, um die Stelle so zu verstehen, etwas in sie hineintragen [15]), was in ihr nicht enthalten ist.

Die Rückforderungsklage, die finito usufructu dem Proprietar zusteht, ist die Condictio sine causa (L. 5 §. 1 D. h. t. [16]), in L. 10 D. de praescr. verbis 19. 5. Ao. in factum genannt. Ebenso wird im Falle der L. 9 §. 4 D. ad exh. 10. 4 und in dem ganz ähnlichen der L. 1 §. 17 D. ut leg. 36. 3 dem Legatar (Proprietar) gegen den Fructuar eine subsidiäre Ao. in factum gewährt.

C) Wir finden vielfach die Frage erörtert, ob die Cautio usufructuaria zum Wesen des Ususfructus

---

11) So Elvers l. c. S. 587. — Aehnlich Bürkel S. 140 u. unter Anderen auch Voigt, Die Condictiones ob causam S. 640.

12) cf. Voigt l. c. S. 356.

13) cf. L. 60 D. de leg. I. (30) L. 3 §. 10 D. si cui plus quam 35. 3. Heimbach in Lindes Zeitschrift N. F. VI. S. 74.

14) l. c. S. 640. Schon der Basilikenscholiast Stephanus fasst die Cio. cautionis unserer Stelle als Cio. indebiti auf.

15) Der Tadel Voigts S. 640 Anm. 567 „gegen die hier stattfindende durchaus künstliche Extension der Cio. indebiti „ist deshalb ungerechtfertigt. cf. auch Voigt S. 399 u. S. 702.

16) cf. auch Bas. 16. 5 (Zachariae suppl. p. 107).

gehört[17]. Für den verus ususfructus hätte dieselbe gar nicht aufgeworfen werden sollen. Die Caution begründet hier nicht das dingliche Recht des Proprietars auf Rückgabe der Sache, sie gibt ihm vielmehr durch die obligatio ad restituendum des Usufructuars nur ein plus von Befugnissen und ist deshalb ein naturale negotii. Die Cautio quasiusufructuaria ist für das ältere römische Recht allerdings ein essentiale des Geschäfts. Auf sie wurde, dem Senatusconsulte folgend, (L. 2 §. 1 D. h. t. sed remedio introducto coepit quasi usus fructus haberi) die Obligation des Quasiusufructuars gebaut. Allmälich verliess die Jurisprudenz diesen Standpunkt, und als Resultat der Entwicklung kann bezeichnet werden, die Obligation des Quasiusufructuars sei eine subsidiär gesetzliche, die Caution ein naturale negotii[18]. Für das heutige Recht haben die C. usufructuaria und die C. quasiusufructuaria ihre obligationsbegründende[19]) Wirkung verloren, die Obligation jedes Sachniessbrauchers ist eine gesetzliche.

Von dem nunmehr gewonnenen Standpunkte aus wird sich auch die Controverse beantworten lassen, ob das in den Quellen sich findende Verbot des testamentarischen Erlasses der usufructuarischen Caution noch praktische Geltung hat. Die usufructuarische Caution hatte nach römischem Recht eine obligationsbegründende und eine obligationssichernde Wirkung.

Wegen ihrer ersterwähnten Function konnte sie testamentarisch nicht erlassen werden. Das geht klar hervor aus

17) cf. Bürkel S. 145. — Elvers S. 585. — Duncker, Archiv für prakt. Rechtswiss. VI. Bd. S. 110.

18) Dagegen hat das römische Recht niemals eine gesetzliche Obligation des eigentlichen Niessbrauchers anerkannt.

19) Es ist dies für das heutige Recht von allen stipulationes praetoriae u. judiciales zu behaupten — wie Bekker, Aktionen II. S. 244 fg. mit Recht ausführt. Cf. dazu Hartmann, Obligation S. 23 Anm. 3, dann Bähr, Dogm. Jahrb. I. S. 457 fg. Für die Cautio usufructuaria vgl. auch Windscheid I. §. 204. Anm. 1. Anderer Ansicht dagegen ein Erkenntnis des Obertribunals Berlin Seuffert XVI. 10.

der L. 7 C. ut in poss. legat. 6. 54 (Idem[20]) A. Proculiano). Scire debetis, fideicommissi et legati satisdationem remitti posse divum Marcum et divum Commodum constituisse: ut autem boni viri arbitratu is, cui usus fructus relictus est, utatur fruatur, minime satisdationem remitti testamento posse[21]). Die Entgegensetzung in dieser Stelle ist ganz charakteristisch. Die Satisdation bei einem Legate oder Fideicommisse kann erlassen werden, weil die Leistungspflicht von dieser ganz unabhängig ist, die Satisdation nur sichernde Wirkung hat. Die usufructuarische Caution kann nicht erlassen werden, weil nur durch die Caution eine obligatorische Restitutionsverpflichtung des Usufructuars begründet wird.

Wegen des Wegfalls der obligationsbegründenden Wirkung der usufructuarischen Caution ist m. E. heutzutage der testamentarische Cautionserlass vollkommen wirksam[22]).

Diese Auffassung ist in der Literatur nichts weniger als allgemein anerkannt. Bürkel (l. c. S. 141) u. Windscheid (I. §. 204 A. 9) erklären das Verbot des testamentarischen Erlasses der usufructuarischen Caution für noch schlechthin praktisch. Arndts (Pand. §. 180 A. 3) und Böcking (Pand. §. 165 Nr. 44) suchen sich mit rechtshistorischen Erklärungen über dasselbe hinwegzusetzen.

So befand sich denn auch die Praxis seit jeher auf einem dem vorgetragenen geradezu entgegengesetzten Standpunkt. (cf. das Erkenntniss bei Seuffert IX. 137)[23]). Man suchte sich gegenüber diesem Zwange vielfach durch die sog. Socinische Clausel zu helfen. Die Praxis hat nun häufig die

---

20) Imperator Alexander.

21) cf. L. 1 C. de usufr. 3. 33. L. 6 pr. D. ut in poss. leg. 36. 4.

22) Ich zweifle nicht daran, dass dieselben Kaiser eine Testamentsclausel, „ich erlasse zwar die Satisdation, es muss aber seitens des Usufructuars stipulirt werden", für vollkommen wirksam erklärt hätten, cf. auch Vat. fr. §. 69 (eine allerdings fast vollkommen reconstruirte Stelle).

23) OAG. Celle 25. April 1859.

Socinische Cautel einfach gestrichen, die bezüglichen Erbeinsetzungen für unbedingte erklärt und dem Erben den Anspruch auf Caution trotzdem zuerkannt [24]). Dagegen erklärt ein treffend motivirtes Erkenntnis des OAG. Wolfenbüttel vom 8. Jan. 1869 (Seuff. XXIII. 281) wenigstens die Socinische Cautel in solchen Fällen für vollwirksam. Einen in einem Erbvertrag ausgesprochenen Cautionserlass erklärt ein Erkenntnis des AG. Celle vom 24. Oct. 1874 (Seuff. 30. 122) mit Recht für wirksam.

---

24) Seuffert XXV. 144 (OAG. Lübeck 26. November 1870) IV. 206 (OAG. Jena 9. April 1840).

II. Theil.

Der Niessbrauch an Rechten.

I. Capitel. Rechte an Rechten.

§. 7.

Allgemeines.

Das Senatusconsult, dessen zu erwähnen wir im vorhergehenden Teile wiederholt Gelegenheit hatten, scheint sich wenigstens nach dem Referate, das uns über dessen Inhalt in den beiden ersten Fragmenten des Digestentitels 7. V. (de usufructu earum rerum etc.) gegeben wird, nach der Rubrik und dem ganzen Inhalt des citirten Titels ursprünglich nur auf verbrauchbare Sachen bezogen zu haben [1]).

Die sich an das Senatusconsult anschliessende Interpretation der Juristen hat dasselbe jedoch auch auf Rechte bezogen, wozu die später immermehr üblich werdende allgemeine Bedeutung des Wortes „res“ bequemen Anhalt bot [2]).

In unseren Quellen findet sich zwar nur der ususfructus nominum an mehreren Stellen erwähnt und besprochen, und an einer anderen Stelle wird die Möglichkeit eines ususfructus an mehreren Prädialservituten mit Beziehung auf unser Senatusconsult discutirt. Wir sind aber sicherlich berechtigt, eben weil die römische Jurisprudenz in dem erwähnten Senatusconsult die Möglichkeit eines Niessbrauchs an allem „quod in bonis est“ anerkannt fand, auch bezüglich

---

1) So auch Galvanus de usufr. c. 3 S. 17, Rosshirt, Vermächtnisse II. S. 172 fg. Anderer Ansicht unter Anderen Duncker im Archiv für civ. Praxis VI. Bd. S. 98 fg.

2) L. 6 pr. D. de V. S. L. 1 §. 1 D. de R. D. I. 8.

aller anderen Vermögensrechte zu prüfen, ob und in welcher Form ein Niessbrauch an ihnen möglich sei.

Zuvor obliegt es mir jedoch, die Frage zu erörtern, welche Bedeutung dem Sprachgebrauche zukömmt, der Rechte als Gegenstände eines Niessbrauchs — eines Pfandrechts — also dinglicher Berechtigungen bezeichnet. Können Rechte wirklich Gegenstände von Rechten sein und wenn diess zu verneinen ist, welche Consequenzen hat es für die juristische Beurteilung eines Verhältnisses, wenn der Sprachgebrauch des Lebens, der Sprachgebrauch des Gesetzgebers Rechte als Objecte dinglicher Rechte bezeichnet?

Die Controverse über die „Rechte an Rechten“ ist seit der ersten Auflage der Windscheid'schen Pandekten[3]) eine namentlich in Monographien, die das Pfandrecht behandeln, vielbesprochene. Auf die von ihm behauptete begriffliche Möglichkeit von dinglichen Rechten an Rechten stützt Bremer in seinem Buche „Das Pfandrecht und die Pfandobjecte“ seine Auffassung des Pfandrechts, die alles Pfandrecht — auch das Sachenpfandrecht[4]) — als „ein Recht am Recht“ bezeichnet. Dagegen hat sich Exner in der Schrift „Kritik des Pfandrechtsbegriffs nach römischem Recht“ energisch gegen die Möglichkeit von „Rechten an Rechten“ ausgesprochen und von diesem Boden aus mit musterhafter Consequenz seine Ansicht, jedes Pfandrecht sei Sachenpfandrecht, zu begründen versucht.

---

3) I. Bd. §. 42 a. E. — Windscheid hatte sich schon vorher in seiner Actio (S. 174) für die Möglichkeit von „Rechten an Rechten“ ausgesprochen. Der erste der Rechte als Gegenstände dinglicher Berechtigungen bezeichnete war Duroi im Archiv für civil. Praxis VI. Bd. S. 278 fg. Nach Duroi sind die Servituten Objecte des Eigentums. Vgl. dagegen Puchta im Rhein. Museum für Jurispr. u. Philologie I. Bd. (1827) S. 288 fg.

4) So vor ihm schon Arndts Pand. §. 367. „Regel ist, was einen Verkaufswert hat und den Verkauf zulässt, kann auch Gegenstand der Verpfändung sein, also vor allem Sachen — — d. i. das Eigentum derselben.“

Ich meinerseits leugne mit Exner[5]) die logische Möglichkeit von „Rechten an Rechten“ und trete Exners diessbezüglichen allgemeinen Erörterungen (l. c. S. 11—24) im wesentlichen bei. Ist das subjective Recht im Sinne der herrschenden Lehre ein Wollendürfen, eine Willensmacht, dann kann es nicht Gegenstand sachenrechtlicher Herrschaft sein. Wenn ich trotzdem bei der Controverse über die „Rechte an Rechten“ länger verweile, so geschieht diess aus einem doppelten Grunde. Einmal hat Exner die Bedeutung des Sprachgebrauches, der Rechte Sachen gleich als Gegenstände dinglicher Rechte bezeichnet m. E. zu wenig gewürdigt, dann aber hat die Exnersche Ansicht als solche wie in ihren Voraussetzungen — auf die gleich näher einzugehen sein wird — lebhaften Widerspruch erfahren, den zu widerlegen zunächst unsere Aufgabe ist.

§. 8.

Die beiden Prämissen, von deren Beantwortung aus jede Untersuchung über die Rechte an Rechten ausgehen muss, sind folgende. Es fragt sich zunächst, in welcher Bedeutung der Terminus Rechtsobject — Gegenstand eines Rechts —

5) Gegen „Rechte an Rechten“ haben sich ausser Exner noch erklärt Bürkel, krit. VJSchr. XI. Bd. S. 219 fg. — Eberhard, Verpfändung der Forderungen §. 3. — Wappäus in den Göttinger gelehrten Anzeigen (1867) 46. St. S. 1836 fg. Spiegel, De iuris pignoris — — natura, Berliner Inauguraldiss. 1869 S. 19. 21. — Exners Ausführungen stimmten zu v. Wyss. Der Niessbrauch an Forderungen (Separatabdruck aus dem ersten Heft der Zürcher Zeitschrift für Rechtspflege. Neue Folge. 1873. S. 3). Rhode, Die Lehre vom usufructus nominis. Eine Greifswalder Inauguraldiss. S. 9 fg. Vgl. auch die Recension der Exner'schen Schrift von E. J. Bekker, Krit. VJSchr. XV. Bd. S. 541 fg. Vor allem aber ist zu nennen Windscheid, der in der 4. Aufl. seiner Pandekten den „Rechten an Rechten“ einen eigenen § widmet (I. Bd. §. 48a), in dem er mit Aufgebung seiner noch in der 3. Aufl. vertretenen Ansicht sich sehr wesentlich der Exner'schen Auffassung nähert.

in unserer Controverse gebraucht wird und nur gebraucht sein kann. Es fragt sich ferner, wie ist der Begriff des subjectiven Rechts zu formuliren. — Dass Exner diese Prämissen richtig beantwortet, will ich nunmehr zu zeigen versuchen.

In der Controverse über die „Rechte an Rechten“ wird es regelmässig unterlassen, die Bedeutung zu fixiren, in der der so vieldeutige [6]) Terminus „Rechtsobject“ „Gegenstand eines Rechts“ in derselben gebraucht wird und nur gebraucht sein kann, eine Unterlassung, die häufig zu unrichtigen Resultaten führt.

Die beachtenswerte Polemik Pfaffs gegen die Ansicht Exners in seiner Besprechung der Schrift Exners „Kritik des Pfandrechtsbegriffs“ in der Grünhut'schen Zeitschrift I. Bd. S. 40 fg. bietet hiefür ein Beispiel.

Nach Pfaff (l. c. S. 59) ist „der letzte und tiefste, der eigentliche Gegenstand eines jeden Rechts der dem Berechtigten unterworfene Wille einer, mehrerer, aller Personen“. — „Was man sonst als Gegenstand der Rechte bezeichnet, dient nur zur näheren Bestimmung der Art und Richtung der Unterwerfung und der in Betracht kommenden Willen“ (ib. Anm. 17). „Und es können unbedenklich bei demselben Recht auch verschiedene Dinge gegenständlich, d. h. als solche in Betracht kommen, die beherrscht und rechtlich gedrückt sind durch den Willen des Berechtigten“. Pfaff fasst hier den Terminus Rechtsobject in einer so weiten Bedeutung, wie man ihn weder fassen kann noch gefasst hat, wenn man die Möglichkeit von „Rechten an Rechten“ bestreitet. Denn dass, um den geläufigsten Fall

---

6) Cf. hierüber Hartmann, die Obligation S. 160. Bruns bei Holtzendorff 2. Aufl. S. 338 fg. Bekker im XII. Bande der Dogmat. Jahrb. S. 6 fg. Gareis im Archiv von Busch 35. Bd. S. 200 — vor allem aber Unger, System I. S. 499 fg. Unger hat m. E. überzeugend nachgewiesen, dass der Begriff „Rechtsobject“ unfähig ist, ein Einteilungsgrund der Rechte zu sein.

eines so genannten „Rechts am Rechte“ herauszugreifen, die verpfändete Forderung eines der Dinge ist, die der Wille des Forderungspfandgläubigers „beherrscht und rechtlich drückt“, ist vollkommen zweifellos und wird kein Gegner des „Rechts am Rechte“ bestreiten — er müsste denn leugnen, dass einem Cessionar eine rechtliche Ingerenz auf die cedirte Forderung eingeräumt ist.

Und ähnlich meint neuestens wieder Hartmann[7]), die Frage nach dem Gegenstande eines Rechts sei nicht uniform zu stellen — es müsse vielmehr untersucht werden, in welcher Art und Beziehung ganz verschiedene Dinge einem Rechte gegenüber als Object in Betracht kommen können. Von diesem Standpunkte aus erklärt Hartmann „Rechte an Rechten“ für möglich und bezeichnet danach als Gegenstand des Pfandrechts an einem emphyteutischen Grundstück das emphyteutische Recht und durch dasselbe hindurch das emphyteutische Grundstück. Gegenstand des Forderungspfandrechts wäre dann all' das, was nach Bruns (Holtzendorffs Encyclopädie 2. Aufl. S. 384) als Gegenstand der Forderung bezeichnet werden kann — nemlich hintereinander der Schuldner, sein Wille, seine Handlung, der Inhalt seiner Handlung, der Erfolg derselben, die Sache worauf sie gerichtet ist. Eine stattliche Reihe, die Hart-

---

7) Rechte an eigener Sache — Freiburger Programm — S. 26 (auch Dogmat. Jahrbücher XVII. Bd. S. 89), cf. überhaupt ib. S. 23 fg. (Dogm. Jahrb. XVII. S. 86 fg). Gegen Hartmann Exner, Krit. VJSchr. XX. Bd. S. 406 Anm. und gegen Exner wieder Hartmann, Dogmat. Jahrb. XVII. Bd. S. 139 fg. F. Hofmann gelangt in seinem Essay über dingliche und absolute Rechte — Oesterr. Gerichtszeitung 1870 Nr. 9 u. 10 — zur Statuirung von „Rechten an Rechten“ durch die Annahme, ein dingliches Recht sei ein Vermögensrecht, welches eine unmittelbare rechtliche Herrschaft über ein Vermögensobject gewährt, ohne den Begriff des Rechtsobjectes überhaupt und insbesondere die Bedeutung desselben in unserer Controverse festzustellen. Aus diesem Grunde kann ich mich mit Hofmanns Ausführungen in diesem Punkte nicht einverstanden erklären.

mann selbst (Obligation S. 161) mit Recht so erweitert, dass man die Frage nach dem Objecte der Obligation füglich so stellen könnte, was denn nicht Object der Obligation sei.

Von einer gleichfalls zu weiten Bedeutung des Terminus „Rechtsobject" geht Bekker (Krit. VJSchr. VI. Bd. S. 479) aus, wenn er sich über unsere Frage, bevor Bremer und Exner dieselbe zu einer für jede Pfandrechtsconstruction fundamentalen erhoben hatten, folgendermassen äussert: „Also nichts wider den Namen „Recht am Recht", zur Sache aber so viel, dass jedes Recht an einem Recht nicht blos ein ideales, sondern zugleich zwei reale Objecte hat, und dass es kaum mehr wie ein Wortstreit ist, ob man neben diesen das ideale Object als wirkliches Object anzuführen hat oder nicht".

In der That, die Controverse über „Rechte an Rechten" ist eine zwecklose, wenn man für sie von einer so weiten Bedeutung des Terminus „Gegenstand eines Rechts" ausgeht, wie sie Bekker, Hartmann und Pfaff ihren Ausführungen zu Grunde legten. In welcher Bedeutung der Terminus „Rechtsobject" zu fassen ist, damit er zu juristischer Construction brauchbar sei, hat Hartmann selbst in seiner Schrift ‚Die Obligation' (S. 161) in völlig zutreffender Weise hervorgehoben. Danach bedeutet Rechtsobject „das, was als abhängig und unselbständig unmittelbar menschlicher Willensherrschaft unterworfen sein soll", und in diesem Sinne sind im heutigen Rechte nur Sachen Rechtsobjecte (Unger, System I. S. 499 fg.). So bekämpfen denn auch alle die Gegner des Rechts am Rechte nur die Vorstellung, als ob ein Recht wie eine körperliche Sache von fremdem Rechte beherrscht werden könnte. Es geschieht diess namentlich auch von Exner, wie ein Blick auf seine Darstellung[8]) ergibt (cf. S. 16, S. 18 l. c., insbesondere auch

8) Ausdrücklich sagt diess Exner freilich nicht. Vgl. auch Bremer, Pfandrecht und Pfandobjecte S. 36 u. 37. Windscheid,

Exners Polemik gegen Windscheid daselbst). Unsere Frage ist somit dahin zu formuliren: Kann ein Recht wie eine körperliche Sache Gegenstand fremder Berechtigung sein?

Die herrschende Lehre vom subjectiven Rechte, von der Exner, wie schon erwähnt, bei seiner Erörterung über die „Rechte an Rechten" ausgeht, hat in neuester Zeit durch die anregende Schrift von Thon, Rechtsnorm und subjectives Recht [9]), einen energischen Angriff erfahren. Auf Thons Theorie muss überdies auch noch deshalb eingegangen werden, weil Thon auf Grund derselben eine neue Ansicht über die „Rechte an Rechten" aufgestellt hat, zu deren Würdigung seine Theorie in Kürze zu besprechen geboten erscheint.

Thon geht davon aus, das ganze objective Recht sei ein Complex von Normen, von Imperativen, von Geboten und Verboten. Deshalb sei es undenkbar, dass das objective Recht gestatte — erlaube. Das subjective Recht könne darum nicht ein Dürfen, ein Wollendürfen, eine Willensmacht sein (cf. namentlich S. 288). Das subjective Recht wird vielmehr einzig und allein durch den durch das objective Recht in Form des Anspruchs gewährten Normenschutz begründet. Das subjective Recht besteht in der Verheissung eventueller Ansprüche (S. 218). Ein Anspruch aber ist nach Thon (S. 228) „die von der Rechtsordnung verliehene Macht, die Vorbedingungen für den Eintritt von Imperativen zu setzen, welche bestimmten staatlichen Organen (zumeist den Gerichten)

Pandekten 3. ed. I. §. 42 a. E., §. 121 a. E., Actio S. 174. Pfaff in Grünhuts Zeitschr. I. Bd. S. 57.

9) Eine ähnliche Ansicht vertritt Lenel in seiner Schrift Ursprung und Wirkung der Exceptionen S. 1—14. Vgl. über Thons Schrift die eingehende Besprechung von Merkel in Grünhuts Zeitschr. VI. Bd. S. 367 fg.

die Gewähr von Rechtshilfe befehlen". Zum Inhalte des subjectiven Rechts gehört also weder die von der bisherigen Theorie sogenannte aktive Seite der Rechte, die Thon „Geniessendürfen" (S. 289) nennt, noch die Befugniss zur Veräusserung zur Uebertragung von Rechten (S. 325 fg.). — Auf die Besprechung dieser beiden Punkte will ich mich im folgenden beschränken.

I. Thon schliesst die sogenannte aktive Seite der Rechte aus dem Inhalte derselben aus. Seine Ansicht steht und fällt insoweit mit dem Ausgangspunkte seiner Untersuchung, der Annahme, das ganze objective Recht sei nichts wie ein Complex von Imperativen, von Normen, von Geboten und Verboten. Dass in dieser Annahme eine einseitige Uebertreibung des gewiss richtigen Kerns der Binding'schen Normentheorie liegt, hat m. E. Merkel (Grünhut'sche Zeitschrift VI. Bd. S. 369 fg.) überzeugend nachgewiesen. Die das Recht des Eigentümers garantirenden Normen enthalten ein Verbot an alle Nichteigentümer. Weil sich aber diese Normen an alle richten, mit Ausnahme des Eigentümers, schaffen sie für den Eigentümer eine Erlaubniss, ein Dürfen. Wenn alle Personen mit Ausnahme einer einzigen etwas nicht dürfen, so wird eben dadurch ein Dürfen für diese Person geschaffen. Die an den B gerichtete Norm, dem A 1000 zu leisten, enthält, soll sie überhaupt ein Privatrecht begründen, eben so notwendig ein Recht des A, die 1000 fordern zu dürfen. Aktive und passive Seite des Rechts correspondiren sich mit logischer Notwendigkeit, und eben darum braucht man zur Characteristik beider Seiten nur die eine zu bestimmen. Der Fehlschluss beginnt aber, wenn man mit Thon sagt, da ich durch die Kennzeichnung der passiven Seite die aktive mit characterisirt habe, gibt es nur eine passive Seite der Rechte.

Gegen die Characterisirung der Rechte von der passiven Seite her spricht principiell so wenig ein Bedenken wie gegen deren Kennzeichnung von der aktiven Seite aus, vorausgesetzt, dass man über der einen die andere nicht vergisst.

Die Frage ist nur die, ist es zweckmässig die subjectiven Rechte von der passiven oder aber von der aktiven Seite aus zu characterisiren. Die Antwort hierauf ergibt sich wol von selbst aus der Erwägung, dass Wissenschaft und Gesetzgebung seit Jahrtausenden bei der weitaus grössten Zal von Rechten [10]) die letztere Alternative vorgezogen und damit zur Genüge deren Zweckmässigkeit dargethan haben.

II. Beachtenswert sind die Ausführungen von Thon betreffs des zweiten der oben erwähnten Momente, der Ausscheidung der Veräusserungsbefugniss aus dem Inhalte der übertragbaren Rechte [11]). Seine Argumentation ist in Kürze folgende: Die Veräusserung seitens des Eigentümers überträgt Eigentum. Die Macht, die das Eigentum überträgt, kann deshalb nicht Bestandteil desselben sein, sondern muss ausserhalb des Eigentums liegen (S. 327). Das Eigentum ist nur die regelmässige Voraussetzung für die rechtliche Wirksamkeit einer Verfügung über dasselbe, nicht aber die Quelle und der Grund dieser Macht, was sich sofort zeigt, sobald ausnahmsweise Recht und Verfügungsgewalt auseinanderfallen (S. 327).

Als Beispiele solcher Discrepanz führt Thon an: Der Verschwender bleibe Eigentümer, verliere aber die Verfügungsgewalt über das Eigentum (S. 329). Der Vormund sei zwar nicht Eigentümer, habe aber die Befugniss, das Eigentum seines Mündels zu übertragen (S. 330). Nach Handelsrecht werde der redliche Erwerber unter Umständen Eigentümer, auch wenn der Veräusserer nicht Eigentümer war (S. 330—332). Der Regent und seine Gemalin übertragen Eigentum auch durch Veräusserung von ihnen nicht gehörigen Sachen. Am anschaulichsten werde die Selbständigkeit der Verfügungsgewalt vom Rechte selbst bei letztwilligen Dispositionen (S. 333—335). Die Befugniss, über das Recht zu disponiren, sei demnach ein

---

10) Eine Ausnahme machen etwa die Bannrechte.

11) Vgl. auch hierüber die Erörterungen von Merkel, Grünhuts Zeitschr. VI. Bd. S. 390 fg.

eigenes selbständiges, das übertragbare Recht nur begleitendes Recht.

Diese Gruppe sogenannter Rechte einerseits und die verschiedenen Erwerbsmöglichkeiten von Rechten andererseits bezeichnet nun Thon mit dem Ausdruck Befugniss[12]) (S. 342) und will diesen Ausdruck auf sie beschränken. Thon characterisirt dieselbe als rechtliche Macht, als rechtliche Gewährung, die Rechtssätze, denen diese Befugnisse ihren Ursprung verdanken als unselbständige Rechtssätze, da dieselben nicht selbständige Imperative setzen, sondern nur die Vorbedingung für den Eintritt oder das Ende gewisser Imperative bestimmen (S. 346).

An diesen Ausführungen von Thon ist nun so viel zweifellos richtig, dass es kein Privatrecht gibt, Rechte zu erwerben, dass vielmehr nur eine vom Rechte anerkannte Fähigkeit, Rechte zu erwerben, existirt[13]). Ebenso ist es ganz richtig, dass Rechte durch Handlungen nicht Berechtigter unter gewissen Voraussetzungen untergehen[14]) (Art. 306 u. 307 HG. — Vorrecht des Regenten und seiner Gemalin. Der Rechts-Erwerb ist in diesen Fällen ein originärer), dass es Verfügungen über Rechte gibt, die nicht Veräusserungen sind (Letztwillige Dispositionen). Nicht einverstanden aber kann ich mich damit erklären, dass Thon die Veräusserungsbefugniss eines übertragbaren Rechts aus dem Inhalte desselben ausweist.

Gegen das Argument von Thon, dass, weil das zu übertragende Recht Object der Uebertragung ist, es nicht Ur-

---

12) Brinz, Pand. 2. Aufl. I. §. 65 nennt die Thon'sche Befugniss rechtliche Macht (posse). Als Befugniss bezeichnet Brinz das rechtliche Erlaubtsein (licere). Die Ausübung der Befugniss nennt Thon Rechtsgeschäft. Auf diesen interessanten Punkt kann hier nur verwiesen werden, cf. Brinz, l. c. S. 214.

13) Unger, System I. §. 60 Anm. 7.

14) Der Begriff des subjectiven Rechts umfasst nicht vollständig den des „Könnens rechtlicher Art“ oder „der rechtlichen Macht“ (Merkel, l. c. S. 391).

sache derselben sein könne, so wenig der Stein, den man wirft, die Kraft zum Wurfe verleiht, ist zu bemerken. Der Ausdruck „Rechtsübertragung“ ist ein vollkommen passender, um zu bezeichnen, dass das Recht des Auctors dieselbe juristische Qualität habe wie das des Erwerbers, dass zwischen beiden ein Causalzusammenhang bestehe; dieser Ausdruck darf aber nicht zu der Anschauung verleiten, das Recht des Auctors sei auf den Erwerber übergegangen. Das Recht als solches, als ideelle Beziehung seines Subjectes zu etwas ausser ihm seienden, kann von seinem Subjecte nicht losgelöst werden[15]).

Und eben deshalb ist es nicht unlogisch, die Befugniss kraft der Vornahme gewisser Handlungen als ein gleiches Recht in der Person des Erwerbers entstehen zu lassen, als Bestandteil des Rechts des Auctors zu erklären.

Aus den von Thon angeführten Fällen der Discrepanz zwischen Veräusserungsbefugniss und Recht folgt nur, dass die Veräusserungsbefugniss nicht in jedem einzelnen Falle zum Inhalte der an sich übertragbaren Rechte zu gehören braucht — nicht mehr. — Die Veräusserungsbefugniss gehört im Sinne der herrschenden Lehre zum Inhalte des Eigentumsrechts in abstracto; daraus folgt aber nicht, dass dem Eigentümer in jedem concreten Falle die Veräusserungsbefugniss zustehen müsse, sowie das Recht, von seinem Grundstück Früchte zu ziehen, in abstracto Inhalt des Eigentumsrechts an Grundstücken ist, in concreto aber sehr wol dem Eigentümer dieses Recht nicht zuzustehen braucht. Die wichtigsten Fälle mangelnder Veräusserungsbefugniss sind die gesetzlichen und richterlichen Veräusserungsverbote (fundus dotalis). Die Veräusserung eines Rechts ist aber juristische Rechtsausübung und kann deshalb nur stattfinden, wenn die Voraussetzungen dieser juristischen Rechtsausübung in der Person des Veräusserers vorhanden

---

15) Cf. hierüber die bei Windscheid I. §. 64 Anm. 6 citirten Schriftsteller, insbesondere die zutreffenden Bemerkungen von Exner, Tradition S. 1 Anm. 2.

sind. Daher kann der Verschwender sein Eigentum nicht übertragen, nicht weil der Inhalt seines Rechts gemindert, sondern weil dessen Handlungsfähigkeit verringert ist. Daher kann der Vormund das Eigentum des Mündels veräussern, weil der Mündel nur durch einen Vormund juristisch handeln kann.

Nach dem eben ausgeführten darf man wol sagen, dass Thon die herrschende Lehre, wonach die Veräusserungsbefugniss zum Inhalte des subjectiven Rechts gehört, nicht widerlegt hat.

Nun noch einige Worte über Thons „Befugniss am Recht“. Nach Thon (S. 182 Anm. 72) gibt es kein „Recht am Recht“, wol aber sei es denkbar, dass der Berechtigte seine — nicht zum Inhalte seines Rechts gehörige — Dispositionsbefugniss über das Recht einem Anderen überträgt, und dieser einem Anderen übertragenen Dispositionsbefugniss stehe das Recht selbst als Verfügungsobject gegenüber.

So bestechend diese Auffassung Thons zu sein scheint, vom Boden der herrschenden Lehre aus — den zu verlassen Thons Ausführungen über das subjective Recht uns nicht zu nötigen vermochten —, steht ihr die bereits oben besprochene principielle Unhaltbarkeit der Vorstellung entgegen, nach der das subjective Recht ein übertragbares Ding sein soll, wie der Stein, den ich durch meine Kraft von einem Orte zum anderen werfe.

Die Prämissen der Exner'schen Argumentation über die „Rechte an Rechten“ habe ich im vorhergehenden nach Kräften zu halten versucht. Insoweit die gegen die Auffassung Exners vorgebrachten Einwendungen nicht mit den bisherigen Ausführungen mit erledigt sind, soll diess nunmehr geschehen. Aus einem — uns leider ziemlich unzugänglichen — Gebiete des älteren römischen Rechts hat in neuester Zeit Hartmann[16]) einen angeblich unzweifel-

16) Rechte an eigener Sache S. 24 (Dogm. Jahrb. XVII. Bd.

haften Anwendungsfall eines „Rechts am Recht“ herbeigeholt: das Jus tutelae ältester Structur. Vermöge dieses „ius ac potestas in capite libero“ (L. 1 pr. D. de tutelis 26. 1) seien sämmtliche Vermögensrechte des Mündels einer concreten Willensmacht des Vormundes unterworfen.

Die Entgegnung hierauf wird uns leicht, wenn wir erwägen, dass Hartmann den Begriff Rechtsobject auch für die Controverse über das „Recht am Recht“ dahin versteht, „dass in verschiedenen Arten und Beziehungen ganz verschiedene Dinge einem Recht gegenüber als Objecte in Betracht kommen können“ (l. c. S. 26 bw. S. 89). In diesem weiten Sinne mag man immerhin das Recht des Pupillen dem Rechte des Tutors als Object entgegensetzen — nur gilt das genau ebenso vom heutigen Tutor, von jedem Curator [17]) und vom Ehemann als Verwalter des Vermögens seiner Frau nach deutschem ehelichen Güterrecht. Eine dingliche Herrschaft des Tutors über die Rechte des Mündels hat somit Hartmann nicht behauptet — wie ja eine solche Auffassung

---

S. 87) cf. Exner, Krit. VJSchr. XX. Bd. S. 406 Anm. und dagegen wieder Hartmann, Dogm. Jahrb. XVII. Bd. S. 140. — Ausser den bisher citirten Schriftstellern haben sich für die Annahme von Rechten an Rechten ausgesprochen: Sohm, Die Lehre vom Subpignus S. 33 fg. Bürkel, Beiträge zur Lehre vom Niessbrauch S. 20 fg. Neuner, Wesen und Arten der Privatrechtsverhältnisse S. 52 fg. Quenstedt, Deutsche Gerichtszeitung 1866 S. 68 fg. P. Hinschius, Preussiche Anwaltszeitung 1866 S. 691. Pfaff, Geld als Mittel pfandrechtlicher Sicherstellung (Separatabdruck aus der Oesterreichischen Gerichtszeitung, Wien 1868 S. 13 u. ib. Anm. 29). Siebenhaar, Correalobligationen S. 154. Förster, preuss. Privatr. III. S. 360 fg. F. Hofmann, Krit. VJSchr. XII. Bd. S. 527 fg. Marcus, Die Verpfändung ausstehehender Forderungen S. 15. Wittelshöfer, Das pignus nominis S. 7 Anm. 6a u. Andere.

17) Obwol beim heutigen Tutor oder Curator das Verwaltungsrecht auch Verwaltungspflicht, und die von diesem angestellte Klage keine „Legis Actio suo nomine“ ist.

des ältesten Jus tutelae so wenig quellenmässig erweisbar wie erspriesslich wäre.

Pfaff (Grünhuts Zeitschrift I. Bd. S. 60) erklärt die Vorstellung, alles Pfandrecht sei ein „Recht am Recht“, für völlig unentbehrlich beim Pfandrecht an einer militia, am Autorrecht, an Concessionen, Industrieprivilegien etc. — Sehen wir zu, ob dem wirklich so ist, und zur Probe diene das Pfandrecht an einer militia.

Das römische Pfandrecht der späteren Kaiserzeit zeigt uns die ganz eigentümliche Erscheinung der Verpfändbarkeit der veräusserlichen Beamtenstellen, der „militiae“. Die Wirksamkeit der Verpfändung derselben war ursprünglich durch die kaiserliche Genehmigung bedingt (Nov. 53 cap. 5), später von einer solchen unabhängig. Detaillirte Vorschriften regelten dieses für die spätrömischen Verhältnisse characteristische Pfandrecht[18]) (L. 27 C. de pign. 8. 14. Nov. 97 c. 4). Für das Pfandrecht an militiae soll nun — Pfaff bei Grünhut I. S. 60 — die Annahme eines „Rechts am Recht“ ganz unentbehrlich sein, „man müsste denn etwa sagen, dem Pfandgläubiger sei zu Pfand gesetzt jene Geldsumme, die er aus dem Verkaufe der militia lösen wird“.

Ich habe oben S. 44 fg. Gelegenheit gehabt, mich gegen die weite Bedeutung auszusprechen, die Pfaff dem Begriffe Rechtsobject für die Controverse über das „Recht am Recht“ gibt, und gestehe Pfaff demnach unbedenklich zu, dass von seiner weiten Formulirung des Begriffs „Rechtsobject“ aus die „militia“ Object des Pfandrechts, „eines der Dinge, die durch den Willen des Gläubigers beherrscht und rechtlich gedrückt werden“ [19]) ist. Ebenso hat Pfaff zweifelsohne Recht, wenn er sich dagegen erklärt, die künftig zu lösende Wertsumme der „militia“ als Pfandobject anzunehmen.

---

18) cf. hierüber Dernburg, Pfandrecht I. S. 423 fg.

19) cf. Pfaff, l. c. S. 59 u. Anm. 17.

Von der oben fixirten Bedeutung des Begriffs Rechtsobject für unsere Controverse aus ist jedoch die Frage so zu stellen: müssen wir deshalb, weil in unseren Quellen ein Pfandrecht an militiae anerkannt ist, die militia als Gegenstand eines dinglichen Rechts am Rechte anerkennen [20]) oder nicht — und verneinendenfalls, welcher Natur ist das Pfandrecht an der militia. Die Schwierigkeit löst sich, wenn wir den Gesichtspunkt der constitutiven Succession auf unseren Fall anwenden.

Der Inhaber der militia bestellt kraft seines Rechts dem Gläubiger ein selbständiges Recht, die militia eventuell veräussern zu dürfen. Das Pfandrecht an einer militia ist weder ein dingliches noch ein obligatorisches Recht, sondern ein Recht sui generis, wie die militia selbst ein eigentümliches Recht ist und unter keine der hergebrachten Einteilungskategorien des dinglichen oder obligatorischen Rechts fällt. — Das gesagte gilt analog von den im modernen Leben üblichen Verpfändungen von Industrieprivilegien, Autor- und Erfinderrechten, Concessionen [21]) etc. Das an ihnen bestellte Pfandrecht ist ein Recht sui generis, „dem Auctorrechte gleich in der Art, ungleich in der Unterart [22]).“ — Welche Bedeutung es hat, wenn der Sprachgebrauch des Lebens wie der Gesetzgebung die militia und die anderen eben erwähnten Rechte als Gegenstände des Pfandrechts bezeichnet, wird sich aus den Erörterungen des nächsten Paragraphen ergeben.

---

20) Nach Pfaff (Geld als Mittel pfandr. Sicherst. S. 13, 14 Anm. 29 in f.) ist das Pfandrecht an einer militia wie jedes Pfandrecht ein absolutes Recht. Vgl. dagegen die Bemerkungen Exners (Kritik S. 23 fg.).

21) cf. Dernburg, Pfandrecht I. §. 64.

22) E. J. Bekker, Krit. VJSchr. XV. Bd. S. 541.

§. 9.

Der Zweck, den meine bisherigen Ausführungen verfolgten und hoffentlich auch erreicht haben, war die Zurückweisung der gegen die von Exner zuerst ausführlich begründete Unmöglichkeit von „Rechten an Rechten“ erhobenen Einwendungen.

Ich wende mich im Folgenden zu der Besprechung der Bedeutung des Sprachgebrauches, der Rechte gleich Sachen als Gegenstände von Rechten bezeichnet.

Dieser Sprachgebrauch kann nun möglicherweise blos dem Streben nach bequemer Kürze entsprungen sein. — Ich erinnere hiefür an die L. 18 §. 1 D. de pign. act. 13. 7[1]), die von einer „nuda proprietas pignori data“ spricht. Die Anschauung neuerer Schriftsteller, Gegenstand des Sachenpfandrechts sei das Eigentumsrecht und nicht die Sache, war unseren Quellen sicher fremd. Die Stelle spricht von dem Falle der Pfandhingabe einer mit einem Niessbrauch belasteten Sache. Das Pfandrecht ergreift die Sache somit nur integro usufructu und die Stelle drückt diess nicht ganz genau aber mit einer für die praktische Behandlung des Falls ganz ungefährlichen Kürze aus „nuda proprietas pignori data“.

In einer ganzen Reihe von Fällen von sogenannten „Rechten an Rechten“ liegt in der That nur eine ähnliche Kürzung des juristischen Sprachgebrauches vor. Beispiele hiefür werde ich bei der Darstellung des „Niessbrauchs an Rechten“ zu erwähnen Gelegenheit haben.

Der erwähnte Sprachgebrauch kann aber noch nach einer ganz anderen Richtung hin von Bedeutung sein, und diesen bisher weniger beachteten Punkt möchte ich denn insbesondere hervorheben, hiefür aber an das pignus nominis anknüpfen.

Die folgende längere Darstellung des Forderungspfandrechts dient ausserdem noch einem doppelten Zweck. Ein-

---

1) Cf. deren Erklärung bei Exner, Kritik S. 61 fg.

mal kann ich mich mit der von Exner vertretenen Ansicht über das pignus nominis nicht einverstanden erklären, und es scheint mir nicht unwichtig diese Differenz hervorzuheben. Dann aber bietet das pignus nominis eine — von meinem Standpunkte aus — so offenbare Analogie des ususfructus nominis, dass ich mit der ausführlicheren Besprechung des Forderungspfandrechts der späteren Darstellung des Forderungsniessbrauchs in vielem vorbaue.

Das Princip der Concentration des Rechtsgeschäfts „der Simultaneität des Aktes, des Tatbestandes, der Wirkungen[2]" hat auf dem Gebiete des späteren Pfandrechts[3]) wol die stärksten Abweichungen erfahren. Wie die Jurisprudenz einerseits die Verpfändung für eine künftige Forderung[4]) als eine vollwirksame anerkannte, so auch die von künftigen — erst zu erwerbenden — geschuldeten Sachen[5]). War auch durch eine Verpfändung von res debitae die Forderung als solche dem Einflusse des Gläubigers durchaus nicht notwendig mit unterworfen, (L. 1 pr. D. de pign. XX. 1. L. 3 §. 1 D. qui pot. 20. 4.)[6]) so lag es doch für den Pfandgläubiger nahe, seine prekäre Aussicht auf Entstehung des Pfandrechts durch eine Cession der betreffenden Forderung sich verstärken zu lassen. Die Doppelnatur eines solchen Geschäftes liegt auf der Hand. Das Prius desselben, die

---

2) Jhering, Geist III. S. 132 fg.

3) cf. über das Forderungspfandrecht aus neuester Zeit die Schriften von Marcus „Die Verpfändung ausstehender Forderungen" (1876) und von Wittelshöfer „Das pignus nominis" 1876.

4) L. 5 pr. D. de pignoribus et hypothecis 20. 1. „Res hypothecae — — et futurae obligationis nomine dari possunt."

5) cf. Exner, Kritik S. 100 fg. — Die Verpfändung ist in diesen Fällen vollkommen perfect — das Pfandrecht ist im Zustande der Pendenz cf. Köppen, Dogm. Jahrbücher XII. Bd. S. 163 fg.

6) Dernburg, Pfandrecht I. Bd. S 463. Unrichtig Schmid, Grundlehren der Cession I. Bd. S. 118.

eigentlich beabsichtigte Wirkung ist die künftige Entstehung eines Pfandrechts. Mittel zu diesem Zwecke ist die Cession der Forderung [7]. Ein Beispiel: Wenn ich dem A ein von mir gekauftes, aus irgend einem Grunde mir noch nicht tradirtes Grundstück verpfände, so wird die Cession meiner Actio ex emto für ihn eine wertvolle Verstärkung seiner Lage sein. Mag nun der Verkäufer mir, oder aber in Folge der cedirten Actio emti dem A das Grundstück tradiren, in beiden Fällen erwerbe ich Eigentum und A Pfandrecht. Der Natur dieses Geschäftes wird sicherlich die Berechtigung des A entsprechen auch vor Fälligkeit der Pfandforderung mit der A° emti cessa Tradition des Grundstücks an ihn für mich zu verlangen [8]. Jede Hinausschiebung ihrer Anstellung wäre für mich ebenso von Schaden wie für den A. Dass der A die ihm cedirte Forderung nicht veräussern kann und darf, auch wenn ihr Fälligkeitstermin ein späterer wäre als der der Pfandforderung, ist ebenso klar.

Wenn aber ein creditsuchender Eigentümer einer Forderung ex mutuo gegen C sich diese gegenwärtig dadurch nutzbar macht, dass er ein Darlehn von A aufnimmt und ihm das Recht einräumt, diese Darlehnsforderung von sagen wir 10,000 Thalern am Fälligkeitstermin der Pfandforderung zu

---

7) Bekanntlich construirt Exner, Kritik S. 133 fg. das pignus nominis unserer Quellen in dieser Weise.

8) Das übersieht Exner bei seiner Construction. Ist das Forderungspfandrecht wirklich immer eine solche Doppelfigur wie die eben geschilderte, so ist nicht abzusehen, wie es denn kömmt, dass der Forderungspfandgläubiger die A° cessa erst anstellen darf, wenn seine Forderung fällig ist. Ist sie ihm doch nur Mittel zum Zweck der Schaffung eines Pfandrechts. Vom Standpunkte Exners wird die Erwiederung auf diesen Einwurf wol lauten: Die Cession sei unter der stillschweigenden Bedingung erfolgt, die cedirte Forderung dürfe erst bei Fälligkeit der Forderung geltend gemacht werden. Ist die Cession so von pfandrechtlichen Grundsätzen afficirt, so ist sie eben dann nicht mehr nur Mittel zum Zweck eines zu schaffenden Pfandrechts.

veräussern, oder aber die Summe einzutreiben und an ihr Eigentum zu erwerben, so ist auf den ersten Blick klar, dass hier die Verfügungsmöglichkeit über die Forderung das Wesentliche des Geschäftes ist. Ein solches Geschäft ist aber nichts anderes als die Bestellung eines Forderungspfandrechtes im Sinne unserer Quellen.

Bezüglich des jus vendendi nomen darf ich mich wol auf die herrschende Lehre berufen (cf. Windscheid I. §. 239 Anm. 9. Dernburg, Pfandr. I. S. 465 fg.) und für die Beantwortung der Frage, ob im Falle der Verpfändung einer Geldforderung an dem eingetriebenen Gelde Eigentum, oder wie die herrschende Lehre annimmt, Pfandrecht entstehe, diene folgende Erwägung. Aus der Annahme eines blossen Pfandrechts an der „pecunia exacta" ergeben sich so gut wie gar keine praktischen Consequenzen, da die Rei Vindicatio des Verpfänders (Forderungseigentümers) und die Actio hypothecaria eventueller Nachhypothecare nach der Beschaffenheit des Gegenstandes illusorisch sein dürften. Die beiden Quellenstellen, die uns über dieses Verhältniss Aufschluss geben, sind die L. 18 pr. de p. a. 13. 7 und die viel bestrittene L. 13 §. 2 D. de pign. 20. 1, in der Marcianus zuerst vom Afterpfandrecht handelt und von den Worten „sed potest dubitari" an das Forderungspfandrecht bespricht [9]).

In der L. 18 cit. sagt Paulus (libro 29 ad edictum) — — ergo si id nomen pecuniarium fuit exactam pecuniam tecum pensabis, si vero corporis alicuius erit tibi pignoris loco — und ebenso scharf wird der Gegensatz zwischen einer Geldforderung und einer Forderung auf ein corpus in der von Marcian in der L. 13 §. 2 cit. allegirten Ansicht von Pomponius hervorgehoben. Ich glaube, dass wir deshalb nicht berechtigt sind, das praktisch mehr als zweifelhafte

9) So schon die Glosse, die mit den Worten „sed potest dubitari" einen neuen §. anfangen lässt. Die Stelle ist offenbar entstellt cf. Exner, Kritik S. 82 Anm. 161 dann F. Hofmann, Dogm. Jahrb. X. S. 382 ff. und die bei diesen citirten.

Pfandrecht am Gelde in die beiden Stellen hineinzutragen.

Die erste der erwähnten Vertragsfiguren — Bestellung eines Pfandrechts an einer res debita, zu diesem Zwecke geschehene Cession der Forderung — möchte ich nur im uneigentlichen Sinne ein Forderungspfandrecht nennen. Sie wird in der Regel von den Parteien als beabsichtigt anzunehmen sein, wenn es sich um die Verpfändung einer species debita handelt. Bei Summenforderungen auf Geld oder sonstige Fungibilien [10]) wird hingegen die zweite der erörterten Vertragsfiguren — und nur diese ist m. E. als Forderungspfandrecht zu bezeichnen — in aller Regel Parteienabsicht sein [11]). Unter dem pignus nominis unserer Quellen haben wir denn auch vorzugweise das Pfandrecht an Geldforderungen zu verstehen.

Hiefür spricht einmal, dass mit dem Ausdruck nomen ursprünglich [12]) nur Geldforderungen bezeichnet wurden,

10) In diesem Falle entsteht an den eingetriebenen res debitae selbstverständlich bloss Pfandrecht.

11) Nach der eben gemachten Unterscheidung ist die Frage nach dem ius vendendi verschieden zu beantworten, je nachdem die verpfändete Forderung eine Speciesforderung oder eine Forderung auf eine Summe von Fungibilien ist. Im Resultate steht diese Auffassung am nächsten der von Exner, Kritik S. 160—172.

12) Der römische Gläubiger trug die Namen seiner Schuldner mit ihren Schuldposten in seine Cassabücher ein. Ascon. ad Verr. 3. c. 10. Gaius III. §§. 131 fg. Cicero Top. c. 3 §. 16 L. 5 §. 9 D. de rebus eorum 27. 9. Ueber dieses Verhältniss sind ausser den ex professo Darstellungen zu vergleichen v. Salpius Novation S. 79 fg. Grünhut in seiner Zeitschrift III. B. S. 472 fg. Deshalb wurde auch in späterer Zeit der Ausdruck nomen in vorzugsweiser Beziehung auf den Schuldner gebraucht. (L. 4 C. quae res pignori 8. 17 L. 18 pr. D. de p. a. 13. 7). — Ueber die spätere allgemeine Bedeutung des Wortes nomen ist die L. 6 D de V. S. 50. 16 zu vergleichen, cf. auch Brissonius s. v. nomen endlich Festus de V. S. s. h. v. (Ausgabe von Müller) ponitur etiam pro debito ut exactum dicimus nomen, cum a debitore exacta pecunia est.

dann, dass auch in späterer Zeit diese Bedeutung des Wortes nomen die regelmässige blieb. So sagt beispielsweise der Kaiser in der L. 11 C. de p. c. 5. 14 „nomina id est foeneratitias cautiones“ und spricht die L. 4 C. quae res pignori 8. 17 ganz allgemein vom Forderungspfandrecht, während sie sich ihrem Schlusspassus nach (debitor — — satis facere usque ad id, quod tibi deberi a creditore eius probaveris compelletur, quatenus tamen ipse debet) offenbar nur auf Geldforderungen beziehen kann (cf. unten S. 62). — Der Gebrauch des Wortes nomen für jede Forderung wie in der L. 18 pr. de p. a. 13. 7 und der L. 13 §. 2 D. de pign. 20. 1 ist wie Salkowski (Novation S. 11 fg.) mit Recht hervorhebt, ein ungewöhnlicher.

Die Frage nach dem Gegenstande, der juristischen Natur der ersten der oben entwickelten Vertragsfiguren beantwortet sich von selbst. Die Pfandbestellung an der res debita ergreift die Sache selbst als ihren Gegenstand, während das diesem Zwecke dienende Geschäft eine reine Cession ist.

Zur Lösung derselben bei dem eigentlichen Forderungspfandrechte dagegen bedarf es einer längeren Auseinandersetzung. Ziehen wir zunächst das Verhältniss des kurz, wenn auch nicht ganz correct, sogenannten verpfändeten Schuldners in Betracht so ist es klar, dass seine Stellung durch die geschehene Forderungsverpfändung, in keiner Weise verschlechtert werden darf [13]). Für ihn ist der Forderungspfandgläubiger unter allen Umständen Cessionar — mit Bähr l. c. gesprochen — Stellvertreter in der Ausübung der verpfändeten Forderung. Daher wird er frei, wenn er ohne vorhergegangene Denuntiation an den Verpfänder der Forderung gezalt hat (L. 4 C. quae res pignori 8. 17), deshalb sind die nicht cessiblen Forderungen nicht verpfändbar (Dernburg, Pfandrecht I. S. 464), da-

13) cf. Bähr, Dogmat. Jahrb. I. S. 414 fg.

her sind die positiven Cessionsverbote auch bei der Forderungsverpfändung anwendbar [14]). Deshalb kann der verpfändete Schuldner die ganze Forderung an den Forderungspfandgläubiger bezalen, wenn er auch bei Geldforderungen nur bis zur Zalung des der Pfandschuld entsprechenden Betrages genötigt werden kann [15]). Wird die verpfändete Forderung früher fällig als die Pfandschuld und ist dem verpfändeten Schuldner denuntiirt, dann ist der letztere ex fide bona verpflichtet, weder dem Forderungspfandgläubiger noch dem Dominus der Forderung Zalung zu leisten. Will er sich trotzdem liberiren, so wird er zur gerichtlichen Deposition zu schreiten haben — eine Belästigung, die eine relativ so geringe ist, dass sie dem verpfändeten Schuldner wol aufgebürdet werden kann [16]).

Wie einerseits mit aller Entschiedenheit betont werden muss, dass das Forderungspfandrecht im Verhältniss zum verpfändeten Schuldner eine Cession ist, so ist andererseits hiemit allein das Wesen des Forderungspfandrechts nicht ausreichend gekennzeichnet.

α. Der Forderungspfandgläubiger darf die verpfändete Forderung nur, wenn seine Pfandforderung fällig ist, und unter den negativen Voraussetzungen der Actio hypothecaria, (nicht erfolgte solutio oder satisfactio) geltend machen.

β. Wenn A dem B für eine Forderung von 500 seine

---

14) L. 2 C. de liceat pot. 2. 14. Nov. 7. cap. 5. L. 2 L. 4 C. de litig. 8. 37. Anderer Ansicht ist Dernburg, Pfandr. I. S. 464 richtig Exner, Kritik S. 156 Anm. 295.

15) L. 4 C. quae res pignori 8. 17. Anderer Ansicht Dernburg, Pfandrecht I. S. 466 fg. richtig Exner, Kritik S. 156. Bremer, Pfandrecht und Pfandobjecte S. 215. Schmid, Grundlehren der Cession I. S. 133 fg.

16) Dernburg, Pfandrecht I. S. 465. — Huschke, De iure pignoris (1820) c. 3 §. 2 meint, der verpfändete Schuldner könne dem Pfandnehmer zalen. Das ist sicherlich unrichtig, da dieser zur Empfangnahme der Zalung noch nicht legitimirt ist.

Forderung gegen den X auf 10,000 verpfändet, so ist es für den A leicht möglich[17]), dieselbe Forderung noch ein oder mehrere Male als Basis eines zu erhaltenden Credits zu benutzen. So können bei optima fides aller beteiligten Parteien an derselben Forderung eine Anzal von Pfandrechten in's Leben gerufen werden, deren jedes sich auf den ganzen Betrag der verpfändeten Forderung — die ganzen 10,000 — bezieht. Mit der Befriedigung des ersten Hypothekars B rücken alle anderen entsprechend vor. Jeder der Nachhypothekare hat ein ius offerendi gegenüber allen vorhergehenden Gläubigern. Jeder der Hypothekare kann seine Forderung sammt dem dieselbe sichernden Pfandrechte an der Forderung gegen den X weiter verpfänden. Durch einen Verkauf der Forderung Seitens des A werden die Pfandrechte an der Forderung nicht berührt. Ebensowenig wird die Verpfändung einer künftigen Forderung an eine oder mehrere Personen Anstoss erregen; die Regeln der Verpfändung von res futurae greifen dann entsprechend Platz.

γ. Der Forderungspfandgläubiger kann die ihm verpfändete Forderung bei Fälligkeit der Pfandforderung veräussern, die Vorschriften des Pfandverkaufes von Sachen greifen analog Platz. Insbesondere erlöschen alle späteren auf der Forderung lastenden Pfandrechte.

Man wird nun fragen, woher denn die gesetzliche Legitimation zur Anwendung der eben erwähnten rechtlichen Bestimmungen auf das Forderungspfandrecht zu entnehmen

---

17) Viele Schriftsteller, die das Forderungspfandrecht als eine Cession auffassen, ziehen hieraus die falsche Consequenz, eine Weitercession derselben Forderung zu Eigentum oder Pfandrecht sei unmöglich. Zur Vermeidung jedes Missverständnisses, sei hier hervorgehoben, dass ich mir diese Auffassung durch das gewälte Beispiel nicht aneignen will. Auch wenn die verpfändete Forderung gegen den X nur auf 500 ging, wäre eine wiederholte Verpfändung derselben juristisch — kaum aber faktisch — möglich.

ist. Die Antwort darauf lautet: aus dem Sprachgebrauche unserer Quellen, die constant von einem pignus nominis reden. Damit dass die Quellen das Pfandrecht an Forderungen mit einem Ausdrucke bezeichnen, der ohne weiteren Zusatz gebraucht zur Bezeichnung eines Jus in re aliena dient, drücken sie aus, dass die ökonomische Wirkung des Forderungspfandrechts, der des Sachenpfandrechts gleich sein solle und berechtigen uns, soweit die Identität der ökonomischen Wirkung diess fordert, und die innere Natur des Forderungspfandrechts als eines obligatorischen Gebildes es nicht hindert, die Grundsätze zur Anwendung zu bringen, die wir beim Sachenpfandrecht bis in das feinste Detail entwickelt finden.

Versuchen wir es die oben sub. β. erwähnten Geschäftscomplicationen, deren juristische wie faktische Möglichkeit eine unbestreitbare ist in die Cessionsterminologie zu übersetzen, so wird der Sprachgebrauch ein so schwerfälliger, dass man in der That an der zweckmässigen Kürze des Terminus „Pfandrecht an einer Forderung“ nicht zweifeln wird. Eben deshalb ist es leicht verständlich, dass gerade für das Forderungspfandrecht die Vorstellung, das Forderungspfandrecht sei ein dingliches Recht an der Forderung, am meisten Anhänger gefunden hat.

Lassen wir unsere Auffassung die Probe ihrer Richtigkeit an den Confusionsfällen bestehen.

A. Der Forderungspfandgläubiger beerbt den verpfändeten Schuldner oder umgekehrt. Der Forderungspfandgläubiger bedarf hier sicherlich des Schutzes gegen den Verpfänder der Forderung, dessen Successoren und die Nachhypothekare. In welcher Form ist nun dieser Schutz zu gewähren? Dies scheint sich nun sehr einfach zu gestalten, wenn man sich das Forderungspfandrecht als ein dingliches Recht an der Forderung zurechtlegt. Die Forderung des Verpfänders gegen den Forderungspfandgläubiger besteht ja fort, und an dieser hat der Forderungspfandgläubiger ein dingliches Recht — ein dingliches Recht an einer gegen sich selbst gerichteten Forderung! — Wir wollen

uns diesen Begriff näher besehen. Bremer[18]) — derselbe Schriftsteller, der diese Complication als möglich am schärfsten hervorhebt (Pfandrecht und Pfandobjecte S. 157) — sagt uns nun ib. S. 37: ein Recht am Recht sei vorhanden, wenn der eine das Recht hat, das Dürfen, welches den Inhalt des Rechts eines Anderen bildet, für sich geltend zu machen. Wenden wir das auf unseren Fall an, so nimmt ein Pfandrecht an einer gegen den Pfandgläubiger selbst gerichteten Forderung folgende Gestalt an: der Pfandgläubiger darf das, was der Verpfänder gegen ihn als Schuldner darf, gegen sich selbst — oder wenn wir statt des Wollendürfen den Begriff Willensmacht[19]) setzen — es hat der Forderungspfandgläubiger gegen sich als Schuldner eine Willensmacht. Ich will nun die logische Möglichkeit eines solchen Begriffs, so nahe dessen Anfechtung auch läge, unerörtert lassen, glaube aber auf alle Fälle, dass der durch denselben zu gewährende Schutz des Pfandgläubiger-Schuldners gegen die Nachhypothekare, den

---

18) cf. auch Pfaff, Geld als Mittel S. 52. Eigentümlich ist die Auffassung von Exner über diesen Punkt (cf. l. c. S. 147 S. 176 fg. Das Forderungspfandrecht setzt sich nach Exner, wie oben (Anm. 8) erwähnt, aus einer doppelten der dinglichen und obligatorischen Wirkung zusammen. Die letztere geht als eine eigentümlich qualificirte Cession durch die Confusion unter — die dingliche bleibt. Wenn also der Verpfänder oder der Nachhypothekar gegen den Forderungspfandgläubiger (Cessus) klagt, so muss dieser zalen; an den geleisteten Forderungsobjecten entsteht jedoch für den Zalenden sofort Pfandrecht. — Windscheid 4. Aufl. §. 226a. Anm. 2 erklärt diese Construction (Exner benutzt sie auch zur Darstellung des pignus irregulare) für logisch unmöglich. (Cf. hierüber die Beilage).

19) Bremer l. c. S. 37 gebraucht Wollendürfen und Willensmacht offenbar als identisch. Ebenso Windscheid, wenn er in der 3. Auflage seiner Pandekten (I. §. 37) das subjective Recht, als „ein von der Rechtsordnung verliehenes Wollendürfen, eine von der Rechtsordnung verliehene Macht oder Herrschaft" definirt. — Anderer Ansicht Exner, Kritik S. 15 fg.

Verpfänder und dessen Successoren sich durch eine einfache Exceptio doli (Dernburg, Pfandrecht I. S. 474) ebenso gewinnen lässt, und dass uns das gegnerische Resultat zum wenigsten nicht zu der Annahme nötigt, das Forderungspfandrecht sei ein dingliches Recht an der Forderung.

B. Wenn der Forderungspfandgläubiger den Verpfänder beerbt, also um diesen juristisch unrichtigen, praktisch aber schwer entbehrlichen Ausdruck zu gebrauchen, Eigentümer der Forderung wird, so muss derselbe gegen etwaige Nachhypothekare geschützt werden.

Das einfache Schutzmittel ist auch hier eine Exceptio doli.

C. Beerbt der Verpfänder den verpfändeten Schuldner, so geht die Forderung unter, und mit ihr für alle diejenigen, die das Forderungspfandrecht als ein dingliches Recht an der Forderung ansehen, das Pfandobject — das Pfandrecht. Diese Consequenz ist eine unhaltbare, und es ist begreiflich, wenn man sich ihr zu entziehen sucht. — Windscheid (I. §. 248 Anm. 11) bedient sich hierzu eines von ihm auch in einer Reihe anderer Fälle (cf. §. 205 Anm. 4 a. E. und §. 219 Anm. 8) angewendeten Auskunftsmittels. Das verpfändete Recht dauere, während es sonst untergeht, für das Pfandrecht fort. Dass durch dieses Auskunftsmittel nichts erklärt, vielmehr nur unerklärbares constatirt wird, hat Exner (Kritik S. 69 fg.) überzeugend nachgewiesen [20].

Die Erklärung des erwähnten Confusionsfalles ist vielmehr einfach folgende [21]. Der Verpfänder schafft kraft seiner Forderung für den Pfandgläubiger ein selbständiges Recht.

---

20) Ueber die L. 3 §. 2 D. de usufr. accr. 7. 2 vgl. oben S. 28 Anm. 23.

21) Dernburg, Pfandrecht I. S. 474 schränkt den Fortbestand des Forderungspfandrechts auf den Fall bereits geschehener Denuntiation ein — eine Einschränkung die aus dem im Texte

Der Rechtserwerb des Forderungspfandgläubigers fällt unter den Gesichtspunkt der constitutiven Succession [22]), daher erlischt das Forderungspfandrecht auch nur durch diejenigen Erlöschungsgründe, die der Forderung, kraft der das Forderungspfandrecht constituirt wurde, von vornherein innewohnten, und eben deshalb bleibt das Forderungspfandrecht bestehen, obwol die Forderung confusione untergegangen ist.

Die eben behandelten Confusionsfälle nötigen uns nicht nur nicht zu der Annahme, das Forderungspfandrecht sei ein dingliches Recht am Recht, sondern zeigen uns, dass es mit der gerühmten Einfachheit der Construction des Forderungspfandrechts auf Grund der Vorstellung, dasselbe sei ein dingliches Recht am Rechte, nicht so weit her ist. Hat sie uns doch in dem Falle sub. A. zu einem logisch kaum haltbaren Resultate geführt, und im Falle sub. C. zu einem Auswege genötigt, den wir sonst leicht vermeiden.

Unser Resultat ist demnach: das Forderungspfandrecht ist kein dingliches, die Forderung als seinen Gegenstand erfassendes Recht. Es ist ein, kraft des Forderungsrechtes vom Gläubiger (Dominus der Forderung) geschaffenes, selbständiges obligatorisches Recht, das sich im Verhältniss nach Aussen als Cession charakterisirt, das aber in Betreff der Verfügungsmöglichkeit über die Forderung des Verhältnisses zu Nachhypothekaren und späteren Gläubigern nach Grundsätzen beurteilt wird, wie sie sich beim Sachenpfandrecht entwickelt haben. Der Ausdruck, die Forderung sei Gegenstand des Pfandrechts, ist also — neben seiner Function einer bequemen Kürze — ein bei richtiger begrifflicher Fassung ebenso ungefährlicher als passender Terminus, um mit einem Worte die Tatsache in unsere Erinnerung zu rufen, dass das Pfandrecht an einer Forderung

---

angeführten Grunde mindesten überflüssig ist. Von seinem Standpunkte aus consequent ist die Ausführung von Exner, Kritik S. 145.

22) cf. Bekker, Kritische VJSchr. XV. Band S. 541.

ökonomisch gleich dem an einer Sache wirkt, und dass eben deshalb für das Forderungspfandrecht, soweit nicht die obligatorische Natur desselben es hindert, die sachenpfandrechtlichen Grundsätze zur Anwendung gelangen.

Durch den gesetzlichen Sprachgebrauch „pignus nominis“ sind wir auf dem Boden des gemeinen Rechts zu dieser Anwendung legitimirt.

Das durch die ausführlichere Darstellung des pignus nominis gewonnene Ergebniss findet anologe Anwendung bei dem bereits besprochenen Pfandrecht an militiae, beim Pfandrecht an Autorrechten, Industrieprivilegien etc.

Weitere Gelegenheit zu dessen Erprobung und Anwendung wird uns die Lehre vom Niessbrauch an Rechten bieten, zu deren Behandlung ich nunmehr übergehe.

Zum Schlusse meines Excurses über „die Rechte an Rechten“ nur noch folgende den Niessbrauch an Rechten betreffende Bemerkung:

Wie die Einteilung des Vermögens in Sachen und in Rechte — res corporales und in corporales (L. 1 §. 1 D. de R.D. 1. 8. Tit. J. II. 2)[23]) — insoferne keine streng logische ist, als im ersten Einteilungsgliede statt des vollkommensten Rechts an einer Sache, des Eigentumsrechts, die Sache selbst genannt wird, so ist auch die Einteilung des Vermögensniessbrauchs in den Niessbrauch an Sachen und an Rechten keine gedankenmässig richtige.

Man nennt den vom Eigentümer bestellten Niessbrauch Sachenniessbrauch und einen von jedem anderen Berechtigten bestellten Niessbrauch einen „Niessbrauch an Rechten“ während man in diesem Sinne correct den er-

---

23) Vgl. hierüber Wächter, Handbuch II. S. 207 fg. Unger, System I. S. 358. Windscheid I. §. 42. Exner, Kritik S. 19. Bremer, Pfandrecht und Pfandobjecte S. 38 und 39 dazu F. Hofmann, Krit. VJSchr. XII. Bd. S. 527, dann F. Hofmann in der österr. Gerichtszeitung 1870 Nr. 9 S. 34.

steren Niessbrauch am Eigentume nennen sollte. Diese Einteilung ist nun eine ganz unbedenkliche, wenn man sich den eines bequemen Sprachgebrauches wegen gemachten logischen Fehler gegenwärtig hält — sie wird aber dann zu einer irreführenden, wenn man, weil der Niessbrauch an Sachen diese als seinen Gegenstand ergreift, nun weiter argumentirt, in demselben Sinne sei das betreffende Recht Gegenstand des Niessbrauchs an einem Rechte.

Dass dem nicht so ist, hat wie ich hoffe die vorhergegangene Untersuchung bewiesen.

II. Capitel. Die einzelnen Fälle des Niessbrauchs an Rechten.

§. 10.

I. Der von einem publicianisch Berechtigten bestellte Niessbrauch (Niessbrauch am publicianischen Recht.)

Dem Eigentumsrechte, den besitzbaren und darum ersitzbaren iura in re aliena correspondirt ein beschränktes dingliches Recht, das sogenannte publicianische Recht. Unter gewissen Voraussetzungen schützt die Rechtsordnung den Nichteigentümer als ob er der Eigentümer wäre, und versagt ihm ihren Schutz nur gegen den Eigentümer oder Personen, bei denen gleiche oder bessere Voraussetzungen als in der Person des publicianisch Berechtigten vorliegen.

Die Voraussetzungen des publicianischen Rechts sind im allgemeinen die gleichen wie die der ordentlichen Ersitzung mit der Ausnahme, dass zu der letzteren begrifflich Besitz der zu ersitzenden Sache, des zu ersitzenden Rechts gehört, während das publicianische Recht auch ohne Besitz der Sache beziehungsweise des Rechts entsteht, wenn dieser nicht eine Voraussetzung der Erwerbstatsache ist, auf die sich das publicianische Recht aufbaut [1]).

---

1) So richtig Windscheid I. S. 630. cf. die daselbst Anm. 9 citirten Schriftsteller, dann L. 11 §. 2, L. 12 §. 1, L. 15 D. de Publ. in rem actione 6. 2.

Das publicianische Recht ist ein wirkliches Recht, nicht bloss ein qualificirtes faktisches Verhältniss.

Dieser Gesichtspunkt ist in neuester Zeit für das publicianische Eigentum (dieser Ausdruck sei mir hier der Kürze wegen gestattet) wiederholt hervorgehoben worden [2].

Sicherlich gilt dasselbe von der publicianischen Emphyteuse und Superficies, den publicianischen Servituten [3].

Auf alle Fälle ist das publicianische Recht „in bonis", (L. 49 D. de V. S. 50. 16. L. 52 D. de A. R. D. 41. 1) und wir haben somit auch die gesetzliche Legitimation, uns mit dem von dem publicianisch Berechtigten bestellten Niessbrauch zu beschäftigen. Das soll im Folgenden mit Beschränkung auf den vom publicianischen Eigentümer bestellten Niessbrauch und zwar zunächst bezüglich der Personalservitut des Ususfructus geschehen.

Es ist zwar herrschende Lehre, dass es auch eine Actio confessoria Publiciana, also publicianische Servituten gibt; die Details hierüber sind aber um so mehr bestritten, als wir keine ganz stringente Quellenstelle haben, die dieses Verhältniss behandelte.

Die L. 11 §. 1 D. de Publ. 6. 2 [3a]) bezog sich ursprünglich gewiss bloss auf die Fälle von nicht in civilrechtlicher Form bestellten Servituten. Ich glaube aber, dass Arndts (Pand.

2) Cf. Jhering, Abhandlungen I. nam. S. 101 fg. — Brinz, Pand. 2. Aufl. I. §. 143 und seine Schrift „Zum Rechte der Bonae fidei Possessio" (in der Festgabe an Arndts), dazu Exner in Grünhuts Zeitschrift, III. Bd. S. 710 fg. und Hartmann, Krit. VJSchr. XVIII. Bd. und die daselbst S. 162 citirten. — Schulin, Krit. VJSchr. XVIII. Bd. S. 583, endlich Hartmann, Rechte an eigener Sache S. 62 fg. (Dogmat. Jahrbücher XVII. Bd. S. 119 fg.)

3) cf. Brinz, Pand. 2. Aufl. I. S. 789 fg. S. 821.

3a) Si de usufructu agatur tradito, Publiciana datur: itemque servitutibus urbanorum praediorum per traditionem constitutis, vel per patientiam (forte si per domum quis suam passus est, aquae ductum transduci): item rusticarum, nam et hic traditionem et patientiam tuendum constat.

§. 191 Anm. 2) Recht hat, wenn er die Stelle für das justinianische Recht — für welches ja jede Scheidung von civilrechtlichen und anderweitigen Bestellungsformen von Servituten sinnlos war — auf die vom publicianischen Eigentümer bestellten und von einem solchen für ein Grundstück erworbene Servituten bezieht. Ist dem so, dann haben wir für den Satz, dass der vom publicianischen Eigentümer bestellte Niessbrauch geschützt wird, im ersten Satz der Stelle einen directen Beleg.

Da der publicianische Eigentümer, wenn einmal das publicianische Recht in seiner Person begründet ist, trotz später eintretender mala fides nach römischem, wie nach heutigem Recht, publicianischer Eigentümer bleibt, so ist bona fides auf seiner Seite zur Zeit der Bestellung des Niessbrauches nicht erforderlich. Allerdings ist der eben behauptete Satz ein sehr bestrittener. Für das römische Recht scheint insbesondere durch die L. 11 §. 3 D. de Publ. 6. 2 [3b]) das Erforderniss der bona fides für die Zeit der Klaganstellung postulirt zu sein (verb. quo experiar, furtivam matrem ignorem) [4]). Von den verschiedenen Erklärungsversuchen dieser Stelle ist m. E. der von Vangerow l.c. vertretene der beste, wonach die Stelle von dem singulären Fall der Anstellung einer Publiciana auf den partus einer durch Schenkung erworbenen ancilla furtiva handelt [5]) und nicht ausdehnend zu interpretiren ist.

Wie für das römische so ist auch für das heutige Recht das einmal begründete publicianische Recht von einer et-

---

3b) Interdum tamen, licet furtiva mater distracta non sit, sed donata ignoranti mihi, et apud me conceperit et pepererit, competit mihi in partu Publiciana, ut Julianus ait, si modo eo tempore quo experiar, furtivam matrem ignorem.

4) cf. über diese Streitfrage Vangerow §. 335 S. 668 fg. Arndts §. 170 Anm. 2. Brinz 2. Aufl. I. S. 563 fg. S. 632.

5) Für den partus ancillae gelten auch sonst besondere Bestimmungen L. 27 pr. de H. P. 5. 3.

waigen mala fides superveniens unabhängig, da die beiden berühmten Decretalen (c. 5 u. c. 20 X de praescr. verb. 2. 26) die bona fides für die ganze Ersitzungszeit fordern, nicht ausdehnend auf das publicianische Recht zu beziehen sind [6]. Eben so wenig bedarf es m. E. zur Entstehung des publicianischen Niessbrauchs der bona fides auf Seiten des Usufructuars [7], da der richtigen Auffassung nach bona fides zur Ersitzung einer Servitut weder nach römischem noch nach heutigem Recht nötig ist. Das Erforderniss der bona fides und des iustus titulus findet bei der Ersitzung der Servituten seinen Ersatz durch die hier erforderliche iusta possessio (nec vi, nec clam, nec precario Ausübung). Das war nach römischem Rechte [8] so und wurde durch das kanonische Recht nicht geändert.

Ist der Niessbrauch einer Sache von einem publicianischen Eigentümer legirt, so entsteht derselbe als ein publicianischer sofort und unmittelbar in dem Momente des Erwerbs der Erbschaft durch den Erben. Dieser Satz ist eine Consequenz der oben angeführten Auffassung des publicianischen Rechts als eines wirklichen Rechts und ist uns, wenn wir ihn als einen quellenmässigen zu erweisen vermögen, ein neuer Beleg für die Richtigkeit derselben.

Die gesetzlichen Vorschriften des justinianischen Rechts in Betreff der unmittelbaren Entstehung dinglicher Rechte

---

6) cf. Schmid, Handbuch des gegenwärtig geltenden gemeinen Rechts I. S. 360 Nr. 18. Vangerow l. c. Gimmerthal, die Publicianische Klage (1872) S. 109 fg. Anderer Ansicht aus m. E. unzureichenden Gründen Windscheid I. §. 199 Anm. 8.

7) Falls also der Usufructuar weiss, der Besteller des Niessbrauchs sei nicht Eigentümer, so hindert das die Entstehung seines Rechts nicht. Ganz so ist der analoge Fall beim publicianischen Pfandrecht zu entscheiden. cf. Dernburg, Pfandrecht I. S. 223.

8) Ueber die L. ult. D. quemadm. serv. 8. 6 und die L. 1 §. 10 D. de aqua 43. 20. cf. Puchta, Pand. §. 188 m. 6. Ausserdem sind zu vgl. Puchta, Vorlesungen §. 188. 3. Brinz, Pand. 2. Aufl. I. Bd. S. 793 und die daselbst Anm. 15 citirten.

ex testamento finden sich in der L. 1 u. 2 C. communia 6. 43 u. im §. 2 I de leg. II. 20. In der L. 1 C. cit. 9) wird nun nirgends als Erforderniss der dinglichen Wirksamkeit des Legates Eigentum des Testators verlangt, sondern es heisst z. B. an einer Stelle „res mortui", in einer anderen „hypothecam rerum suarum", dann weiter unten „in rebus quas a testatore consecutus est". Dass durch diese Stellen die vom Testator bloss bona fide besessenen Sachen nicht ausgeschlossen erscheinen, ist klar, wenn man erwägt, dass unsere Quellen ausdrücklich bona fide besessene Sachen zu den bona rechnen. Und ebensowenig macht der §. 2 J. cit. die dingliche Wirksamkeit des Legates vom Eigentume des Testators abhängig. Die Publiciana als unmittelbare Wirkung der Verfügung des Testators ist in der in rem Actio beider Stellen selbstverständlich mit inbegriffen. — Wir wollen nun die Wirksamkeit des publicianischen Niessbrauchs näher in's Auge fassen.

Wenn A dem B an einer Sache des C einen Niessbrauch bestellt, so ist das publicianische Recht des B als solches zunächst wirksam in Form einer Actio wie einer Exceptio a) gegen A, b) gegen dessen Erben und Erbes-Erben, endlich c) gegen jeden, wenn auch redlichen Erwerber der Sache von dem Niessbrauchbesteller oder dessen Erben. Der Erbe des A oder der Käufer der Sache könnte das von seinem Auctor bestellte Recht nur dadurch bestreiten, dass er das Recht desselben und damit die Basis seines eigenen Rechts negirte (arg. L. 9 §. 4 D. de Publ. 6. 2, L. 31 §. 2 D. de A. E. V. 19. 1), d) gegen jeden unredlichen Erwerber der Sache.

Dagegen ist die Publiciana des publicianischen Niessbrauchers als Actio wie als Exceptio unwirksam a) gegen den Eigentümer der Sache, b) gegen jeden Successor desselben. c) Die Publiciana ist als Actio unwirksam gegen

9) Die L. 2 C. cit., die die verschiedenen Formen des Legats für in dieser Beziehung einflusslos erklärt, interessirt uns hier nicht.

den publicianischen Erwerber der Sache von einem anderen Rechtsurheber als dem Niessbrauchsbesteller oder seinem Erben, wogegen die Publiciana Actio, sei es confessoria, sei es negatoria des zweiten Erwerbers gegen ihn als Beklagten wirkungslos ist.

Unser Fall ist ähnlich dem zu entscheiden, wenn zwei Personen dieselbe Sache von zwei Nichteigentümern kaufen und tradirt erhalten. Die L. 9 §. 4 D. de Publ. 6. 2 entscheidet denselben ganz richtig dahin „melior est causa possidentis quam petentis". Die L. 31 §. 2 D. de A. E. V. 19. 1 scheint dem zwar auf den ersten Blick zu widersprechen, da sie sagt: tuendus est is, cui primum tradita est. Bei näherem Besehen erledigt sich wie unter Anderen auch Vangerow [10]) richtig ausführt, dieses Bedenken dahin: die Stelle besagt, dass derjenige, dem zuerst tradirt worden ist, als Beklagter (arg. verb. „tuendus est") geschützt werde, keineswegs dass derjenige, dem zuerst tradirt worden ist, auch als Kläger siegen müsse. Dem Juristen (Neratius) war es vielleicht nur darum zu tun, das Moment der Tradition im Gegensatze zum blossen Kaufabschlusse scharf hervorzuheben.

Der publicianische Niessbrauch convalescirt a) durch 10 beziehungsweise 20jährige nec vi nec clam nec precario Uebung desselben als Recht. b) im Falle der Convalescenz des publicianischen Rechts des Niessbrauchsbestellers in seiner Person oder in der seines Erben. An einem directen Beleg für den letzteren Satz fehlt es m. W. in den Quellen. Für denselben spricht jedoch einmal die Analogie der anerkanntermassen dinglich wirkenden Exceptio rei venditae et traditae (cf. die bei Dernburg, Pfandr. I. S. 262 Anm. 5 citirten Stellen) — dann die Lehre von der

10) So schon Stephanus Bas. XV. 2. 9 (Zachariae p. 42). Die übrigen Vereinigungsversuche bei Windscheid 4. Aufl. I. §. 199 Anm. 13. — Will man einen Widerspruch beider Stellen annehmen, so ist die erste der beiden als die logisch richtige vorzuziehen, Schliemann, Lehre vom Zwange S. 165 fg.

Pfandrechtsconvalescenz. Wenn der Nichteigentümer ein Haus verpfändet und dann das Eigentum desselben erhält, so convalescirt das Recht des Pfandnehmers und wird zu einem vollwirksamen Pfandrecht [11]).

Der publicianische Eigentümer kann an der Sache einen Quasiususfructus bestellen; das hiedurch entstehende Rechtsverhältniss ist gleich jeder anderen Sondernachfolge in die dem publicianischen Rechte in der Regel correspondirende Conditio usucapiendi zu beurteilen.

Je nachdem der von dem publicianischen Eigentümer bestellte Niessbrauch sich als verus oder Quasiususfructus charakterisirt, greifen die bezüglichen Rechtssätze, über die Entstehung und Endigung des Niessbrauchsverhältnisses, über die zu bestellende Caution und die Restitutionspflicht des Ususfructuars Platz.

Gegenstand des vom publicianisch Berechtigten bestellten Niessbrauchs ist die Sache und nicht das publicianische Recht. Eine nähere Begründung dieses Satzes wird man mir mit Rücksicht auf die bisherigen Ausführungen um so mehr erlassen, als das Gegenteil bisher m. W. noch von niemandem behauptet worden ist. Die allerdings kurze Bezeichnung des vom publicianisch Berechtigten bestellten Niessbrauchs als eines Niessbrauchs am publicianischen Rechte (Elvers, Servitutenlehre S. 693) ist daher keine correcte.

---

11) Ich berufe mich in dieser sehr bestrittenen Frage auf die Ausführungen von Dernburg (Pfandrecht I. S. 261 fg.).

§. 11.

II. Der von einem Untereigentümer [1]) — Emphyteuta oder Superficiar — bestellte Niessbrauch [2]) (Niessbrauch aus Untereigentum).

Der Untereigentümer kann unzweifelhaft kraft seines Rechts Servituten überhaupt und so auch einen Niessbrauch bestellen (L. 1 pr. D. quibus modis 7. 4, L. 1 §. 6 §. 9 D. de superf. 43. 18). Wie das emphyteutische Recht in seiner weströmischen Gestalt [3]) — dem jus in fundo vectigali — und das superficiarische Recht durch den Praetor mit einer Actio in rem geschützt wurde [4]), so waren auch die von diesen Berechtigten bestellten Servituten nicht civilrechtlich (non iure constitutae) [5]), sondern bloss prätorisch geschützt. Diese rein historische Eigentümlichkeit darf uns so wenig abhalten, die an einem emphyteutischen oder superficiarischen Grundstück bestellten Servituten, als wahre, echte, die Sache selbst erfassende zu behandeln, wie das von den Schriftstellern, die das Untereigentumsrecht als Gegenstand der vom Untereigentümer bestellten Servituten bezeichnen, immer wieder gebrauchte Argument, die Sache sei nicht in bonis des Untereigentümers, mithin könne derselbe auch

---

1) Ich gebrauche diesen von Bruns (Holtzendorff's Encyclopädie 2. Aufl. S. 372 fg.) wieder zu Ehren gebrachten Ausdruck schon der Kürze halber.

2) Ex professo beschäftigt sich mit diesem Thema nur Bürkel l. c. S. 69 fg. Seine Darstellung ist m. E. nicht genügend. Bei Elvers, Servitutenlehre S. 691 findet sich dieses Verhältniss nur erwähnt.

3) Bekanntlich wurde dieses Recht mit der oströmischen Emphyteuse im justinianischen Recht zu einem Institute verschmolzen. Rubr. Tit. D. 6. 3.

4) cf. hierüber die Stellen bei Windscheid I. §. 218 Anm. 5.

5) L. 1 pr. D. quibus modis 7. 4. Daher auch die Ausdrucksweise der L. 1 §. 6 D. de superf. 43. 18 quasi usum fructum — usum quendam. cf. Exner, Kritik S. 76 fg. Anm. 154, unrichtig Sohm, die Lehre vom Subpignus S. 34.

nicht eine Servitut an der Sache bestellen [6]). Nur Rechte an Sachen, niemals Sachen als solche, sind Bestandteile des Vermögens. So wenig jemand daran zweifelt, dass der Eigentümer kraft seines Rechts die Sache selbst mit Servituten belasten könne, so wenig ist daran zu zweifeln, dass der Untereigentümer kraft des Untereigentumsrechts die Sache selbst mit Servituten zu belasten in der Lage ist. Gegenstand des von einem Emphyteuta oder Superficiar bestellten Niessbrauchs ist die Sache selbst.

Der Usufructuar ist Rechtsnachfolger [7]) des Bestellers. Das Recht des letzteren, wie es zur Zeit der Niessbrauchsbestellung gestattet ist, ist daher für die Rechtsstellung des Usufructuars entscheidend. Hieraus ergibt sich unmittelbar, dass die dem Untereigentum von vorn herein inhärirenden Endigungsgründe, auch den vom Untereigentümer bestellten Niessbrauch endigen, während alle anderen Erlöschungsgründe der Emphyteuse oder Superficies den Niessbrauch unberührt lassen. Der Ususfructus wird somit erlöschen, wenn dem Untereigentum von vornherein bei der Verleihung eine Resolutivbedingung, eine Fristbestimmung beigefügt war und diese eintritt.

Der Emphyteuse [8]) sind eine Reihe von Verwirkungsfällen derselben durch den Emphyteuta eigentümlich — Deterioration des Grundstücks, 2- resp. 3jährige Nichtzalung des Canon, Nichteinhaltung der für die Veräusserung der-

---

6) Ueber vom Emphyteuta bestellte Servituten vgl. Thibaut, Versuche II. S. 264—269.

7) Exner, Tradition S. 1—4, Kritik etc. S. 53—62 bringt auch den Erwerb eines qualitativ anderen Rechts unter den Gesichtspunkt der Rechtsnachfolge und verwertet diesen Gesichtspunkt namentlich in dem letztcitirten Werke. cf. Bekker, Krit. VJSchr. 15. S. 535. S. 541, Windscheid I. §. 66 Anm. 1a.

8) Eine Verwirkung der Superficies gibt es nicht. So richtig Wächter, Das Superficiar- oder Platzrecht 2. Aufl. (Sammlung etc.) S. 108 fg. Windscheid I. S. 714. Anderer Ansicht unter Anderen auch Brinz 2. Aufl. I. S. 825.

selben gegebenen Vorschriften. Die Emphyteuse ist in ihrem Bestande resolutiv bedingt durch die Beobachtung der eben genannten Vorschriften. Werden sie verletzt, so hört die Emphyteuse ipso iure auf [9]), und mit ihr wie beim Eintritt irgend einer anderen Resolutivbedingung der vom Emphyteuta bestellte ususfructus.

Derelinquirt [10]) dagegen der Untereigentümer die Sache, und geht dadurch sein Recht unter, oder vereinigen sich Eigentum und Untereigentum in derselben Person (Consolidation), so bleibt der Ususfructus trotz des Untergangs des Auctorrechts bestehen. Ebenso bleibt der Ususfructus bestehen, wenn das Untereigentum durch Ersitzung der Freiheit [11]) des Grundstücks seitens des Eigentümers untergeht, falls der Niessbrauch nicht selbständig durch Nonusus untergegangen ist.

Dereliction — Consolidation [12]) — Verjährung durch Ersitzung der Freiheit sind eben nichts dem Untereigentume überhaupt oder einer concreten Figur desselben eigentümliches, von vornherein inhaerentes, darum bleibt in

---

9) cf. hierüber Windscheid I. §. 222 Anm. 10, Arndts Rechtslexicon 3. S. 881, Schmid, Handbuch des gegenw. gem. Rechts II. §. 24 (S. 53).

10) Dereliction genügt zu deren Endigung Brinz l.c. I. S. 826 Anm. 17. cf. Arndts, Rechtslexicon 3. S. 878. Anderer Ansicht Wächter l.c. S. 120 fg. Windscheid I. §. 222 Nr. 2 u. A. 3. Für uns ist ein näheres Eingehen auf diese Controverse belanglos. — Das im Texte gesagte würde ebenso gelten, wenn angenommener Verzicht des Untereigentümers sein Recht endigte.

11) Blosser Nonusus, genügt nicht, wie Brinz l.c. I. S. 782 meint. Nur Verjährung des Anspruchs, nicht des Rechts, nimmt Wächter l.c. S. 112 an, dagegen mit Recht Windscheid I. §. 222 Anm. 4. Uebrigens liegt in jeder Ausübungshandlung seitens des Usufructuars in der kritischen Zeit eine Unterbrechung dieser usucapio libertatis.

12) Anderer Ansicht unter Anderen in langathmiger Polemik Schmid, Handbuch des gegenw. geltenden gemein. Rechts II. §. 22 Anm. 13.

den 3 citirten Fällen der Niessbrauch bestehen, trotzdem das Auctorrecht untergegangen ist.

Die Unmöglichkeit der Erklärung dieses Fortbestandes des Ususfructus [13]) bei der Annahme, sein Gegenstand sei das Untereigentumsrecht, ist ein weiterer praktischer Grund, an der Ansicht festzuhalten, der Gegenstand dieses Niessbrauchs sei die Sache.

Ein Niessbrauch an einer im Untereigentum stehenden Sache ist selbstverständlich auch in der Form des Quasiususfructus möglich.

Das Untereigentumsrecht selbst wird dem Usufructuar übertragen und ihm die obligatorische Verpflichtung seinerzeitiger Restitution auferlegt.

Dass diese Form der Natur der Sache nach selten gewält werden wird, ist klar. Abgesehen von den oben hervorgehobenen Unterschieden sind auf den vom Untereigentümer bestellten verus oder Quasiususfructus dieselben Grundsätze anzuwenden, wie wenn der Eigentümer eines der genannten Rechte bestellt hätte.

---

13) Das relativ beste Auskunftsmittel für die Erklärung dieses Fortbestandes des Ususfructus vom Standpunkte derjenigen, die als seinen Gegenstand das betreffende Untereigentumsrecht annehmen, wäre der von Windscheid zwar nicht für diesen Fall aber für eine Reihe von Pfandrechtsfällen behauptete Fortbestand des Rechts für das auf demselben haftende Recht". Cf. über dessen Unhaltbarkeit oben S. 66. — Arndts, Rechtslexicon 3. S. 856 Anm. 43 erklärt den ganzen Streit um den Gegenstand der von einem Untereigentümer bestellten Servituten für unpraktisch. Dass derselbe ein wesentlich principieller ist, ist zuzugeben. cf. Büchel, Ueber Verpfändung von Jura in re al. S. 124. Dernburg, Pfandr. I. S. 221. Gute Bemerkungen auch bei Fritz, Archiv für civil. Praxis 8. Bd. S. 296 u. 297, dann in seinen Erläuterungen zu v. Wening-Ingenheim Lehrb. I. S. 270 fg. — Gegen Scheurl, Krit. VJSchr. II. Bd. S. 446. Exner, Kritik S. 71 Anm. 141.

§. 12.

III. Der von einem Servitutberechtigten bestellte Niessbrauch (Niessbrauch an Servituten).

Servituten sind unzweifelhaft in bonis, es ist daher, soweit ihre Natur diess gestattet, an ihnen ein Niessbrauch ex Scto möglich.

Da der Usus auch der Ausübung nach unübertragbar ist, so kann von einem Niessbrauch desselben keine Rede sein. Anders der Ususfructus. Das Niessbrauchsrecht kann der Ausübung nach einem zweiten Niessbraucher [1]) übertragen werden, und zwar entweder α) resolutiv bedingt durch den Eintritt eines der Endigungsgründe des Niessbrauchs in der Person des Afterniessbrauchers. β) Es kann aber auch der Afterniessbraucher blos obligatorisch verpflichtet werden, bei Eintritt eines Endigungsgrundes des Niessbrauchs das dingliche Ausübungsrecht zurückzuübertragen. Im Falle sub α) erlischt das Ausübungsrecht ipso iure mit dem Eintritt eines Endigungsgrundes z. B. also des Todes des Afterniessbrauchers. Praktisch wird in beiden Fällen der Erfolg eines Niessbrauchs am Niessbrauch erreicht, ob man diesen Namen dann anwendet, ist ziemlich gleichgiltig [2]).

Der Niessbrauch am Niessbrauch wird in den Quellen nicht erwähnt und dürfte praktisch selten vorkommen. Denn der Niessbrauch erlischt, wenn er nicht als ein vererblicher [3]) constituirt wurde, mit dem Tode seines Trägers.

---

1) Den ich im folgenden Afterniessbraucher nennen werde.

2) cf. Exner, Kritik S. 21 Anm. 40. Auf alle Fälle ist der Niessbrauch am Niessbrauch ein dingliches Recht und nicht blos in obligatorischer Form möglich, wie Brinz, Pand. 2. Aufl. I. S. 781 annimmt.

3) Die L. 5 pr. D. q. m. usufr. amitt. 7. 4 (Repeti potest legatus usufructus qualicumque ratione dummodo non morte: nisi forte heredibus legaverit) anerkennt dies ausdrücklich. Mit dem schweren Bruch in das Princip der Unvererblichkeit sucht sich

Ein Legat eines Niessbrauchs am Niessbrauch wird daher nur in dem erwähnten, immerhin seltenen, Falle möglich sein. Kraft eines solchen Legats wird aber das dingliche Ausübungsrecht des Niessbrauchs als ein durch den Eintritt der Endigungsgründe des Niessbrauchs resolutiv bedingtes nach den bekannten allgemeinen Grundsätzen unmittelbar mit dem Erbschaftsantritt entstehen [4]).

Der Ausdruck Niessbrauch am Niessbrauch, so bequem und kurz er ist, ist darum ungenau, weil der Gegenstand des dinglichen Ausübungsrechts eines Niessbrauchs die usufructuarische Sache und nicht das Niessbrauchsrecht ist (Exner, Kritik S. 21 Anm. 40 in f. und S. 63 fg.).

Der Niessbrauch am Niessbrauch ist eine Rechtsfigur sui generis [5]) — in seiner ersten resolutiv bedingten Form dem verus ususfructus, — in seiner zweiten Form, nach welcher der Eintritt der Endigungsgründe des Niessbrauchs bloss eine Restitutionspflicht erzeugt, dem Quasiususfructus vergleichbar.

Bürkel l.c. S. 50 spricht auch von einem Quasiususfructus an einem Quasiususfructus. Hieran ist so viel richtig, dass ein Quasiniessbraucher an den Objecten seines Rechts wieder einen Quasiususfructus bestellen kann. Ir-

die L. 38 §. 12 de V. O. 45, 1 durch die Fiction abzufinden, als ob der ususfructus beim Erben als ein neuer entstände cf. Unger, Verträge zu Gunsten Dritter S. 59. Windscheid I. §. 215 Nr. 7; dann die L. 14 C. de usufr. 3. 33.

4) arg. L. 71 §. 6 D. de leg. I. (30) L. 1 §. 7 de superf. 43. 18 cf. Windscheid III. §. 656 Nr. 2. Arndts §. 575.

5) Weil der Niessbrauch am Niessbrauch keine Servitut ist, so enthält dessen Zulassung keine Abweichung von der Regel, servitus servitutis esse non potest, wie Büchel, Beiträge zur Lehre vom Niessbrauch S. 49 fg. und Windscheid 4. ed. I. S. 636 Anm. 5 annehmen: Elvers, Servitutenlehre S. 256 fg. gibt dem Usufructuar das Recht, einen verus ususfructus zu bestellen. Es hängt dies mit seiner irrigen Meinung zusammen, dass der Ususfructus im neueren römischen Rechte dem Rechte nach übertragbar geworden ist.

gend einer besonderen Benennung oder Ausführung bedarf ein solches Rechtsverhältniss aber nicht.

In der vielbestrittenen L. 1 D. de usu et usufr. leg. 33. 2 wird die Zulässigkeit eines usus oder ususfructus an einer Anzal von Praedialservituten erwogen.

Der Niessbrauch an Praedialservituten soll daher im Zusammenhange mit dieser Stelle besprochen werden. Die Stelle lautet (Paulus libro tertio ad Sabinum)

Nec usus nec usus fructus itineris actus viae aquaeductus legari potest, quia servitus servitutis esse non potest: nec erit utile ex senatus consulto, quo cavetur, ut omnium quae in bonis sint usus fructus legari possit, quia id neque ex bonis neque extra bona sit. sed incerti actio erit cum herede, ut legatario quamdiu vixerit, eundi, agendi ducendi facultatem praestet **aut** ea servitus constituatur sub hac cautione, ut si decesserit legatarius vel capite deminutus e magna causa fuerit, restituatur [6]).

Der Fall, der in der Stelle behandelt wird, ist folgender: Es ist in einem Testamente der Usus oder Ususfructus einer der 4 ältesten Praedialservituten legirt. Formell, sagt der Jurist, ist diese Verfügung auch ex senatusconsulto nicht aufrechtzuhalten, materiell aber kann und soll sie realisirt werden. Ihrem Wortlaute nach kann sich nun die Stelle möglicherweise auf eine bereits constituirte einem Nachlassgrundstück zustehende [7])

---

6) Cuiacius (Fabrot) VII. 1335 fg. will statt aut ut lesen, wodurch die Stelle jedenfalls wesentlich leichter würde. Mommsen hat indess aut und daran glaube ich festhalten zu müssen.

7) In diesem Sinne versteht die Glosse die Stelle. Dann Noodt (Probab. II. IV. §. 1) — Elvers, Servitutenlehre (S. 224) — Bürkel, Beiträge (§. 7) — Böcking, Pand. II. §. 164 N. 42. — Eine Unterart dieser Auffassung ist die von Otto (Thesaurus V. 1201, II. 100 fg.) und Oelrichs (Thesaurus III. 2. p. 92). Dieselben beziehen die Stelle auf eine für ein Nachlassgründstück versprochene aber noch nicht bestellte Servitut. Diese Meinung

Servitut oder aber auf eine an einem Nachlassgrundstück erst zu constituirende[8]) Servitut beziehen — endlich kann aber die Stelle auch beide Fälle im Auge haben.

Ich verstehe die Stelle im letzten Sinne und zwar vor allem schon deshalb, weil es eine durch die Stelle selbst in keiner Weise gerechtfertigte Einschränkung ist, sie nur von dem einen oder von dem anderen der beiden Fälle zu verstehen. Eine Bestätigung dieser Auffassung erblicke ich in dem Schlusspassus der Stelle (sed incerti actio etc.). Als materielles Realisirungsmittel der formell unzulässigen Verfügung gibt der Jurist dem Niessbrauchslegatar eine Actio incerti gegen den Erben entweder auf Gewährung der „facultas eundi agendi etc.“ oder auf Bestellung der betreffenden Praedialservitut unter der Verpflichtung seinerzeitiger Restitution.

Diese beiden alternativen Ansprüche sind aber doch sehr wesentlich verschieden — der eine geht auf ein blos obligatorisches „praestare“ — der andere auf Bestellung eines dinglichen Rechts. Woher nun diese Verschiedenheit bei einer und derselben Verfügung [9])?

---

entbehrt jedes Anhalts in der Stelle selbst und ist jedenfalls durch die Erwägung zu beseitigen, dass nach geschehener Constituirung der Servitut zu Gunsten des Erben, die Sachlage gleich dem Falle ist, wenn die Servitut sich schon als solche als ein Accidens eines Nachlassgrundstückes vorfindet.

8) So verstehen die Stelle Cuiacius [Fabrot] VII. p. 1335 fg., IV. S. 437 u. 438, Donellus lib. IV. c. 5 §. 4, Voët (Halle 1778) II. S. 513 (lib. 8 tit. 4 Nr. 7), Galvanus, de usufr. cap. 3 Nr. 4 u. 5, Faber, Coniect. 19. 8, Schmid, Lindes Zeitschrift V. 338, Schmidt, Jahrbücher des gem. Rechts 3. S. 259 Anm. 26 u. S. 246, Windscheid I. §. 206 Anm. 10.

9) Diese Schwierigkeit haben nur zwei Schriftsteller berücksichtigt. Einmal Noodt (Prob. 2 IV. §. 1), der meint die erstere Möglichkeit sei die von Sabinus (die Stelle ist aus Paulus, libri ad Sabinum) hervorgehobene gewesen, Paulus habe die zweite beigefügt. Dann Bürkel, Beiträge l.c. S. 54, der dieselbe dahin erklärt, Paulus stelle die Sache zunächst dar, wie sie nach strengem

Eine befriedigende Antwort hierauf ist kaum möglich und deshalb ist die Stelle m. E. von zwei verschiedenen Fällen zu verstehen.

Paulus behandelt in derselben abstract die Legirung eines Niessbrauchs an Praedialservituten und entscheidet sich dahin, formell sei eine Verfügung solchen Inhalts nicht ausführbar, für die materielle Realisirung aber sei zu unterscheiden zwischen dem Falle, wo dem Erblasser die in Rede stehende Servitut selbst zustand — dann müsse sich der Legatar mit dem „facultatem etc. praestare“ seitens der Erben zufrieden geben, — und dem Falle, wo es sich um eine an einem Nachlassgrundstück zu constituirende Servitut handelt. Im letzteren Falle sei durch Bestellung einer Praedialservitut mit persönlicher Beschränkung zu helfen.

Diese Entscheidung von Paulus ist eine vollkommen zweckentsprechende. — Handelt es sich um eine an einem Nachlassgrundstücke erst zu bestellende Servitut, so ist gar nicht abzusehen, warum sich der Legatar mit einem blossen „facultatem eundi agendi-ducendi praestare“ [10]) genügen lassen müsste, hier ist die Bestellung einer Praedialservitut mit persönlicher Beschränkung ganz am Platz. Hingegen wäre es eine Unbilligkeit gegenüber dem Erben, ihm, falls es sich um eine einem Nachlassgrundstück zustehende Praedialservitut handelt, die Garantie dafür aufzubürden, der Eigentümer des praedium serviens werde sich dazu verstehen, zu Gunsten des Legatars eine neue Praedialservitut zu bestellen. Dem Legatar muss es genügen, wenn ihm der Eigentümer des praedium serviens

Rechte behandelt werden konnte, gebe aber dann eine mildere Form der Realisirung der Verfügung an. Beide Erklärungen sind gewiss nicht befriedigend.

10) Schmidt, Jahrbücher des gem. Rechts 3. Bd. S. 260 versteht unter facultatem eundi, agendi etc. praestare, die Einräumung einer Personalservitut dieses Inhalts. Ich glaube nicht, dass die Annahme zulässig ist, ein römischer Jurist habe die Bestellung einer Personalservitut mit den Worten „facultatem praestare“ ausgedrückt.

gestattet, über dasselbe zu gehen, zu fahren etc. — Der eben vertretenen Auffassung der Stelle steht auch sonst kein Passus derselben im Wege.

Das Legat des Usus oder Ususfructus an einer Praedialservitut ist nach unserer L. 1 cit. formell nicht realisirbar, „quia servitus servitutis esse non potest.“ Diese Begründung passt offenbar eben so gut, ob man die Stelle auf eine bereits constituirte oder auf eine noch nicht constituirte Servitut oder endlich auf beide Fälle bezieht.

Um den Grund und die Bedeutung des Satzes „servitus servitutis esse non potest“ hat man sich viel bemüht.

Die Glosse, Cuiacius (Fabrot VII. p. 1335 fg.) und Noodt (Prob. II. IV. §. 1) finden den Grund desselben in der Unkörperlichkeit der Servitut. Das ist gewiss nicht richtig, denn angenommen, der Satz hiesse umgekehrt „servitus servitutis esse potest,“ so hiesse das mit nichten die eine Servitut sei wie eine körperliche Sache Gegenstand der anderen. Unser Satz heisst nichts anderes als der Servitutberechtigte kann kraft seiner Servitut keine Servitut an der Sache bestellen. Andere Schriftsteller z. B. Elvers S. 224 fg. betonen ausschliesslich als Grund des Satzes die Unveräusserlichkeit der Servituten. Das ist nicht ganz richtig. Es gibt Rechte die unveräusserlich sind, und doch zur Bestellung anderer Rechte berechtigen [11]).

Die Unveräusserlichkeit der Servitut, sowie die Unmöglichkeit kraft einer solchen eine Servitut zu bestellen, sind vielmehr Folgesätze des einen Princips, das Brinz [12]) einmal treffend, das der potenzirten Subjectivität nennt. Das Princip „servitus servitutis esse non potest“ ist ein durch innere Notwendigkeit gebotenes — und nicht wie Schmidt (Jahrb. d. gem. R. 3. S. 259) meint ein äusserlich willkürliches. Es ist daher auch im römischen Rechte

11) So z. B. das Pfandrecht, das als Accidens der Forderung nur mit dieser sein Subject wechseln kann. Trotzdem kann kraft desselben ein anderes Pfandrecht bestellt werden.

12) cf. Pand. 2 Aufl. I. S. 761 dann Vangerow I. S. 694.

der spätesten Zeit vollinhaltlich anerkannt geblieben [13]). Wie durch unser Senatusconsult [14]) so ist auch durch die L. 1 D. cit. in ihren Schlusspassus [15]) an diesem Satze nichts geändert worden, da keiner der beiden Auswege, die Paulus für den Fall der Bestellung eines Usus oder Ususfructus an einer Prädialservitut angibt, die Bestellung einer Servitut an einer Servitut enthält. — Vielbesprochen ist der Passus der Stelle „Nec erit utile ex senatus consulto — — — quia id neque ex bonis neque extra bona sit" Sprachlich scheint die Erklärung von Böcking [16]) die richtige zu sein. Denn, da man zu „nec erit utile" offenbar legatum ergänzen muss, so ist grammatisch zu dem „id" gleichfalls „quod legatum est" hinzuziehen. Sachlich ist diese Erklärung nicht befriedigend. Das Legat eines Usus oder Ususfructus an einer Praedialservitut soll nach der Stelle, wie sie Böcking versteht, unzulässig sein, weil das, was legirt ist, nemlich der Usus oder Ususfructus einer Praedialservitut gar nichts als Vermögensrecht zulässiges sei, indem er weder als solcher im Vermögen enthalten, noch aus demselben hervorbringbar ist.

Hat die Stelle wirklich diesen Sinn, dann begreift man nicht, wie der Jurist mit diesen Worten gerade den Einwand habe entkräften wollen, aus dem Senatusconsulte sei die Verfügung unrealisirbar.

Das „in bonis" des Senatusconsultes bedeutet doch nicht, der legirte Niessbrauch müsse in dem Vermögen des Testators sein oder aus demselben hervorbringbar sein, sondern die Worte des Senatusconsultes besagen, alles was im Vermögen steht, kann auch zu Niessbrauch legirt werden. — Wir müssen somit, so sehr das sprachlich miss-

---

13) Gegen Schrader, civilistische Abhandlungen II. S. 321 u. Schmidt l. c. S. 246, 259, 260 vgl. Vangerow I. 694 fg.

14) cf. oben S. 81 Anm. 5.

15) Irrig deshalb Bürkel Beiträge 55.

16) Pand. II. 1. S. 228 Nr. 42. Ebenso Schmidt (Jahrb. des gem. Rechts l.c.

lich sein mag, das „id" auf die Praedialservitut beziehen, an der der Niessbrauch legirt wurde. Sachlich scheint mir dann die Erklärung von Bürkel (Beiträge S. 51), Elvers (Servitutenlehre S. 224 fg.) und Rosshirt (Lehre von den Vermächtnissen II. S. 173)[17]) die richtigste zu sein. Eine Praedialservitut sei weder ein selbständiger Vermögensbestandteil — ex bonis — noch könne man sagen, sie stehe — extra bona — ausserhalb des Vermögens. Vielmehr ist eine Praedialservitut immer eine unselbständige Accession eines Grundstücks.

So passend oder unpassend diese Erklärung sein mag, sie passt genau so, mag man die Stelle in welcher der 3 oben angeführten Bedeutungen immer verstehen.

Die Motivirung des Paulus für die Unanwendbarkeit des Senatusconsultes kann man keinesfalls als eine zutreffende bezeichnen. Der einfache Grund derselben ist der, dass zwar durch das Senatusconsult an allem „quae in bonis sint" ein Niessbrauch ermöglicht werden sollte, jedoch nur unter der Voraussetzung, dass die innere Natur des betreffenden Rechts diess gestatte. Das aber ist bei den Servituten eben nicht der Fall.

Ich glaube hiemit meine Auffassung der Stelle gerechtfertigt zu haben. Nichts in der Stelle berechtigt uns, sie nur von einem der Fälle, auf die sie bezogen werden kann, zu verstehen. Das im Schlusssatze normirte doppelte Auskunftsmittel weist uns vielmehr direct darauf hin, dass der Jurist die beiden möglichen Fälle der Legirung eines Niessbrauchs an Praedialservituten wirklich besprechen und entscheiden wollte. Die Servitut, die im Schlusspassus unserer Stelle erwähnt wird, ist eine Praedialservitut mit einer persönlichen Modification, die weil Servituten „ipso iure ad tempus constitui non possunt" (L. 4 D. de Serv. 8. 1) durch eine Cautio vermittelt wird — nicht eine Personalservitut in Gestalt einer Praedialservitut[18]) — nicht eine sogenannte irreguläre Personal-

17) Aehnlich Brinz, Pand. 2. Aufl. I. Bd. S. 780.

18) Wie Brinz, Pand. 2. Aufl. I. Bd. S. 780 meint.

servitut [19]). Da wir sicherlich berechtigt sind, die in unserer Stelle für die 4 älteren Praedialservituten gegebene Entscheidung auf alle Praedialservituten auszudehnen, so ist unser Resultat folgendes:

Es gibt keinen Niessbrauch an Praedialservituten, correct gesprochen kein kraft der Praedialservitut bestellbares dingliches Recht von einer dem Niessbrauchsrechte vergleichbaren Wirkung. — Legirt ein Servitutberechtigter den Niessbrauch einer ihm zustehenden Praedialservitut, so hat der Legatar bloss einen obligatorischen Anspruch gegen den Erben, der diesen verpflichtet, die Gestattung der Uebung der den Inhalt der Servitut ausmachenden Befugnisse bei dem Eigentümer des belasteten Grundstücks zu erwirken.

Legirt der Eigentümer eines Grundstücks den Niessbrauch einer an seinem Grundstücke erst zu constituirenden Servitut, so wird die Verfügung durch Bestellung der Praedialservitut gegen Verpflichtung des Legatars zur seinerzeitigen Restitution ex cautione realisirt.

Schliesslich ist noch zu bemerken, dass darin, dass der Niessbraucher eines Grundstücks berechtigt ist, auch die diesem zustehenden Praedialservituten auszuüben, selbstverständlich nicht ein Niessbrauch dieser liegt, da diese Praedialservituten nur als Accidentien des herrschenden Grundstücks in Betracht kommen.

19) Darin hat Cohnfeldt (Die irregulären Servituten S. 79) ganz Recht, wenn man auch seinen sonstigen Ausführungen nicht beistimmen mag. Der Unterschied zwischen einer Praedialservitut mit persönlicher Beschränkung und einer irregulären Personalservitut besteht darin, dass bei der ersten Figur die Voraussetzungen der Servitut nach den Grundsätzen der Praedialservituten zu beurteilen sind (Vicinität der Grundstücke etc.), hingegen bei den irregulären Personalservituten diesbezüglich die Grundsätze der Personalservituten Platz greifen.

IV. Der von einem Forderungsberechtigten bestellte Niessbrauch (ususfructus nominis) *).

§. 13.

Allgemeines.

Wir ersehen aus der L. 3 D. de usufr. earum 7. 5.

„Post quod omnium rerum usus fructus legari poterit. an et nominum? Nerva negavit: sed est verius, quod Cassius et Proculus existimant, posse legari. idem tamen Nerva, ipsi quoque debitori posse usum fructum legari scribit et remittendas ei usuras,

und der L. 4 cit.

„Ergo cautio etiam ab hoc exigenda est“

dass der Forderungsniessbrauch der an das Senatusconsult sich anschliessenden Interpretation der Juristen seine Entstehung verdankt.

Die beiden Stellen referiren uns eine bekannte Controverse, die sich bald nach dem Senatusconsulte abspielte. Nerva bezweifelte, ob durch das Senatusconsult auch an Forderungen ein Niessbrauch zugelassen sei.

Die Gründe seines Bedenkens mochten verschiedene gewesen sein. Vielleicht war es ihm zweifelhaft, ob unter den „res“ des Senatusconsultes auch „nomina“ mit zu verstehen seien, vielleicht erschien es ihm bedenklich, den Begriff des Niessbrauchs auf Rechte auszudehnen — möglich, dass auch die erst sehr allmälig sich entwickelnde Uebertragbarkeit der Forderungen der Grund seiner Entscheidung war.

Dem sei wie immer, schon Proculus und Cassius nehmen am Niessbrauch an Forderungen keinen Anstoss mehr.

---

*) Die Literatur vgl. bei Windscheid I. §. 206 Anm. 9 dazu aus neuester Zeit F. v. Wyss, der Niessbrauch an Forderungen 1873 (Separatabdruck aus dem 1. Hefte der Züricher Zeitschrift für Rechtspflege), dann Rhode, Zur Lehre vom ususfructus nominis. Eine Greifswalder Inauguraldissertation (1876).

Die folgende Darstellung des Ususfructus an Forderungen soll sich zunächst auf diejenigen Forderungen beschränken, für die das gemeine Recht der Cession gilt und daher namentlich von den Forderungen aus Ordre- und Inhaberpapieren absehen.

Obwol in unseren Quellen nur vom Niessbrauch an Quantitätenforderungen fungibler Sachen die Rede ist, muss sich unsere Untersuchung auf alle Arten von Forderungen erstrecken, da jede Art von Forderungen in bonis (cf. L. 49 pr. D. de V. S. 50. 16) und daher niessbrauchsfähig ist.

Nicht nur Forderungen auf Sachleistungen, sondern auch auf ein facere oder ein Unterlassen gerichtete Forderungen können somit in usufructu [1]) sein.

Dem Forderungsniessbraucher muss, soferne überhaupt vom ususfructus nominis als einer selbständigen Rechtsfigur gesprochen werden soll, eine Ingerenz auf die Forderung selbst oder mindestens auf die Zinsenklage eingeräumt sein. Ist etwa dem Erben aufgetragen, die Zinsen einer Forderung oder diese selbst einzuheben und die empfangenen Zinsen beziehungsweise das empfangene Capital dem Legatar abzuführen, so ist das juristisch nichts als ein legatum redituum [2]) beziehungsweise ein Legat von dem Erblasser geschuldeten Sachen. Das hat praktisch die Consequenz, dass der Legatar nicht nur nicht wie ein Forderungsniessbraucher cautionsverpflichtet, sondern sogar

---

1) Anderer Ansicht Steinberger, Zeitschrift für Civilrecht und Process, Neue Folge XI. Bd. S. 149 fg. S. 182. Bei Duncker, Archiv für praktische Rechtswissenschaft VI. Bd. S. 97 fg. S. 100 fg. findet sich das Gesagte nicht hervorgehoben. Rhode (Zur Lehre vom ususfructus nominis) S. 19 meint, es könne nur an Forderungen auf Sachleistungen ein Niessbrauch bestehen, „denn der Niessbrauch sei stets ein dingliches Recht“. Den Beweis für die letztere Behauptung bleibt Rhode schuldig.

2) So richtig Steinberger, Zeitschr. für CR. u. Pr. Neue Folge XI. Bd. S. 82. — Duncker, Archiv für prakt. RW. VI. Bd. S. 116. — Held, Die Lehre vom ususfructus earum rerum, quae usu consumuntur vel minuuntur S. 54.

berechtigt ist, auf die Bestellung einer cautio legatorum servandorum causa zu dringen.

Damit also an einer Forderung ein Niessbrauch bestellt werden könne, muss dieselbe übertragbar sein. Höchst persönliche und darum unübertragbare Forderungen können darum nicht in usufructu sein.

Die Legirung des Fruchtgenusses der Forderung an den Schuldner ist aus demselben Grunde kein ususfructus nominis; ein solches Legat hat die Wirkung eines lebenslänglichen Zinserlasses [3]) (L. 3 in f. D. de usufr. earum 7. 5).

Wie die zum Begriffe des Niessbrauchs nötige zeitliche Beschränkung des Genusses des Niessbrauchsobjectes beim ususfructus nominis erreicht wird, werden wir im Laufe der Darstellung sehen.

Die Theorie des Forderungsniessbrauchs in seiner normalen Gestalt soll im Folgenden im Anschlusse an die Forderungen auf Sachleistungen entwickelt werden. Die möglichen Abweichungen von dieser normalen Gestalt, die etwaigen Verschiedenheiten des Niessbrauchs an Forderungen, die nicht auf Sachleistungen gehen, sollen später erörtert werden.

Neben der Dürftigkeit des den ususfructus nominis betreffenden Quellenmaterials liegt ein Hauptgrund der Schwierigkeit seiner Behandlung in der Notwendigkeit der Berücksichtigung einerseits des Verhältnisses des Forderungsniessbrauchers zum Schuldner, andererseits des Gläubigers [4]) der Forderung zum Forderungsniessbraucher.

Die erstere — externe — Seite des Forderungsniessbrauchs wird uns die Behandlung dreier Punkte klar ma-

3) So richtig Duncker, Archiv für prakt. RW. VI. Bd. S. 100 gegen Steinberger, Zschr. für CR. u. Pr. Neue Folge XI. Bd. S. 182, welcher hierin einen Quasiususfructus pecuniae an dem zurückgezalten und wieder hingegebenen Gelde findet.

4) Es sei mir verstattet, diesen kurz den Dominus der Forderung zu nennen.

chen, die etwa dahin zu formuliren sind: 1) Hat der Usufructuar das ius exigendi der Forderung. — 2) Welches Recht erwirbt der Forderungsniessbraucher an der res debita exacta — dem eingegangenen Forderungsobjecte. — 3) In welche juristische Form kleidet sich dieses jus exigendi, wie ist das Verhältniss des Usufructuars zur Forderung juristisch zu characterisiren — oder um in römischer Terminologie zu sprechen, welcher Natur ist die Klage des Forderungsniessbrauchers nach römischem und nach heutigem Rechte.

Zur Kennzeichnung der internen Seite des Forderungsniessbrauchs — des Verhältnisses zwischen dem Dominus der Forderung und dem Niessbraucher — wird festzustellen sein: Ob und in welcher Weise der Forderungsniessbraucher dem Dominus der Forderung für sein Verhalten zur Forderung verantwortlich wird, — ob und inwieferne er deren Gefahr trägt — in welcher Weise die formelle Basis für die eventuellen Ansprüche gegen ihn zu schaffen ist.

§. 14.

A) Externe Seite des Forderungsniessbrauchs.

Ad I. Der Forderungsniessbraucher hat das Recht, die Forderung selbst einzutreiben. Von den abweichenden Ansichten in der Literatur löst die von Weber [1]) und Held [2]) vertretene, wonach es quaestio facti sein soll, ob der Usufructuar das ius exigendi habe oder nicht, die Frage nach den Befugnissen des Niessbrauchers offenbar

1) Weber zu Höpfners Institutionencommentar §. 374 Nr. 2 S. 278. Teilweise beistimmend Mühlenbruch, Die Lehre von der Cession. 3. Aufl. S. 490 Anm. 15 in f. cf. dagegen Glück, IX. S. 408 fg.

2) Held, Die Lehre vom Ususfructus earum rerum quae usu consumuntur vel minuuntur S. 52. Steinberger, ZSchr. für CR. u. Pr. Neue Folge XI. Bd. S. 164. Rhode, Zur Lehre vom ususfructus nominis S. 35.

gar nicht. Die Schwierigkeit in der Feststellung des Rechts desselben beginnt ja erst dort, wo der concrete Fall keinen irgend erheblichen Anlass bietet, den Willen des Niessbrauchsbestellers nach der einen oder anderen Richtung auszulegen.

Nach Mühlenbruch (Cession S. 497 fg.) steht dem Forderungsniessbraucher neben dem Rechte auf den Zinsengenuss regelmässig ein Administrationsrecht der Forderung zu, das ihn befugt, die Forderung einzutreiben. Machte er von dieser Befugniss Gebrauch, „so bedurfte es jetzt einer besonderen Caution auf Restitution des Capitals nach beendigtem Niessbrauch.“

Aus diesen Worten Mühlenbruchs ist nicht zu ersehen, ob die Caution vor oder nach geschehener Eintreibung zu bestellen ist. Forderungen auf eine species, unverzinsliche Forderungen, Forderungen, die nicht auf eine Sachleistung gehen, bespricht Mühlenbruch gar nicht.

Eine Niessbrauchsbestellung an Forderungen im Sinne Mühlenbruchs ist nun zwar möglich und Steinberger[3]) geht deshalb in seiner abfälligen Kritik der Mühlenbruch'schen Auffassung zu weit. Die normale Gestalt des Forderungsniessbrauchs im Sinne unserer Quellen ist diess aber sicherlich nicht. In den den ususfructus nominis behandelnden Quellenstellen findet sich

3) ZSchr. für CR. u. Pr. Neue Folge XI. Bd. S. 171 Anm. 43. cf. auch Duncker, Archiv für prakt. RW. VI. Bd. S. 105 fg. Steinberger sagt nemlich, es sei mit diesem Mühlenbruch'schen Administrationsrecht einfach gesagt, der Usufructuar habe das Recht zur Geltendmachung der Forderung. — Nun ist es aber für die Beurteilung eines Rechtsverhältnisses gewiss von grösstem Belang, ob jemand vermöge desselben proprio iure oder alieno nomine eine Forderung geltend machen dürfe. Noch weniger stichhaltig ist die Bemerkung Steinbergers, die Administration einer Forderung könne nicht zur Vernichtung derselben führen. Darnach hätte ein Vormund nicht das Recht, die Forderung seines Mündels, die er doch administrirt, einzuziehen. Der ganz gesunde Gedanke, der in Mühlenbruchs Auseinandersetzung gelegen ist, wird später erwähnt werden.

von einer solchen Administrationsbefugniss keine Spur und ebensowenig eine Andeutung darüber, dass der Usufructuar bloss auf den Zinsengenuss beschränkt sei. Die L. 24 pr. D. de usu et usufr. 33. 2 [4]):

„Uxori fructu bonorm legato faenus quoque sortium, quas defunctus collocavit, post impletam ex senatus consulto cautionem praestabitur. igitur usuras nominum in hereditate relictorum ante cautionem interpositam debitas velut sortes in cautionem deduci necesse est. non idem servabitur nominibus ab herede factis: tunc enim sortes dumtaxat legatario dabuntur aut, quod propter moram usuras quoque reddi placuit, super his non cavebitur“

auf die sich Mühlenbruch beruft, enthält eher eine Bestätigung des Gegenteils. Die Stelle besagt: der Frau als Universalniessbrauchslegatarin gebühren auch die Zinsen der ausstehenden, vom Erblasser collocirten Capitalien. Die Zinsen, die aber bis zur Leistung der Caution auflaufen, seien eben so wie die ausstehenden Capitalien [5]) selbst als künftiges Restitutionsobject in die Caution aufzunehmen, was kaum wahrscheinlich wäre, wenn der Usufructuar nicht das ius exigendi der ausstehenden Capitalien hätte.

Die L. 4 D. de usufr. earum 7. 5 (Ergo cautio etiam ab hoc exigenda erit) ist zu der vorhergehenden L. 3 eod. nicht glücklich hinzugefügt. Vom Schuldner, dem die Zinsen der Forderung erlassen sind, kann doch unmöglich eine Caution verlangt werden und doch ist sprachlich das „ab hoc“ auf ihn zu beziehen. Es können sich also die Worte „ab hoc“ nur auf den Usufructuar im Sinne von Cassius, Proculus, Ulpianus (L. 3 cit.) beziehen. Ist dem aber so, dann ist für den unbefangenen Leser der Stelle

4) cf. über diese Stelle Steinberger l. c. S. 172 fg. — Bürkel, Beiträge S. 91 fg.

5) verbis (igitur — — necesse est). Das Wort „sors“ bedeutet regelmässig ausstehende Capitalien, cf. Brissonius h. v. In dem Zusammenhange der Stelle ist an dieser Bedeutung des Wortes „sors“ nicht zu zweifeln.

klar, dass durch diese Bestimmung das ius exigendi der Forderung statuirt ist. Denn davon, dass die Caution erst zum Zwecke der Erhebung der geschuldeten Summe erforderlich sei, oder sich etwa bloss auf die Restitution der selbständig abgetretenen Zinsenklage beziehe — wie diess doch der Fall sein müsste, wenn Mühlenbruchs Ansicht die richtige wäre — enthält die Stelle keine Andeutung.

Ebenso unterstützt die L. 1 C. de usufructu 3. 33.

> Si usus fructus omnium bonorum testamento uxoris marito relictus est, quamvis cautionem a te prohibuerit exigi, tamen non aliter a debitoribus solutam pecuniam accipi poteris, quam oblata secundum formam senatus consulti cautione,

die Annahme des ius exigendi. Von vielen wird die Stelle zwar gar nicht auf den Niessbrauch einer Forderung bezogen. So soll nach Steinberger [7]) die Stelle nur besagen, dass der Vermögensniessbraucher das in der Verlassenschaft befindliche, von Schuldnern bezalte Geld nur erhalten solle, wenn er cavirt hat. Man wird mir zugeben, dass damit die Stelle eine der grössten Banalitäten sagen würde, die nur denkbar ist. Dass von Schuldnern gezaltes Geld eben so gut wie jedes andere in der Erbschaft sich vorfindende Geld vom Usufructuar nur gegen Caution zu erlangen ist, ist so völlig selbstverständlich, dass sich deshalb die Constitution wahrlich nicht der Mühe gelohnt hätte.

Sprachlich aber steht nichts dem entgegen, die Stelle, von dem im ususfructus omnium bonorum enthaltenen ususfructus nominis zu verstehen. Die Constitution bestimmt darnach, dass die Vermögensniessbrauchslegatarin für alle Fälle erst Caution bestellt haben muss, ehe sie legitimirt erscheint, das geschuldete Capital von den Schuldnern in Empfang zu nehmen, räumt also dem Forderungsniessbraucher die Legitimtion zur Zalungsempfangnahme und damit,

---

7) ZSchr. für CR. u. Pr. Neue Folge XI. Bd. S. 173 fg. — ähnlich Bürkel, Beiträge S. 63 Anm. 1.

da uns jeder Anhalt fehlt, für den usus fructus nominis von der sonstigen Regel, dass der zur Empfangnahme Berechtigte auch das ius exigendi habe, eine Ausnahme zu machen, auch das ius exigendi ein.

Auf alle Fälle besagt die Constitution nicht, was Mühlenbruch in ihr lesen will, dass erst die geschehene Zalung zur Cautionsleistung verpflichte, sondern umgekehrt, dass die Cautionsleistung zur Zalungsempfangnahme berechtige.

Die Ansicht von Mühlenbruch wird in neuerer Zeit nur von Elvers [8]) geteilt — im übrigen haben sich alle neueren Schriftsteller für das jus exigendi des Usufructuars ausgesprochen [9]), zu dessen weiterer Begründung noch das Argument angeführt werden mag, dass bei allen unverzinslichen Forderungen ein Ususfructus nur durch Zugeständniss des jus exigendi möglich wird.

Windscheid (l.c.) findet die vorhin besprochene L. 24 pr. D. cit. und die L. 1 C. cit. für den Forderungsniessbrauch als solchen nicht beweisend, da der Niessbrauch in diesen Stellen nur Folge eines Niessbrauchs am ganzen Vermögen ist.

Fasst man den Vermögensniessbrauch als das auf, was er ist [10]), nemlich als eine Summe von Niessbrauchsrechten an einzelnen Vermögensobjecten, so muss das von Windscheid angeregte Bedenken schwinden.

Ad II. Welches Recht hat der Forderungsniessbraucher an den res debitae exactae?

Hat der Niessbraucher auf Grund seines jus exigendi die Objecte der Forderung erhalten, so ist damit selbstverständlich sein Recht nicht zu Ende. Es ist aber, da die Forderung durch die Eintreibung zu existiren aufgehört hat, notwendig ein anderes geworden. Es wurde zu einem Sachenrechte, in das auszulaufen, soferne die Forderung nicht eine verzinsliche war, die alleinige Aufgabe, der ökonomische und juristische

8) Servitutenlehre S. 596.

9) cf. auch Windscheid I. §. 206 Anm. 9.

10) cf. meine Ausführungen oben S. 2 fg.

Zweck des Niessbrauchs einer Forderung auf eine Sachleistung war. Wie eine Forderung auf eine Sachleistung nur begründet wird, um ein Sachenrecht dem Vermögen zuzuführen, so hat jedes Rechtsgeschäft über dieselbe das Endziel einer anderen Person Sachenrechte zu verschaffen. Das gilt von der Uebertragung der Forderung zum Eigentum [11]), zum Pfandrecht, zum Niessbrauch in gleicher Weise.

Diesen gewiss richtigen Gedanken haben Eberhard (Das Forderungspfandrecht 1869) und Exner (Kritik des Pfandrechtsbegriffs) für das Forderungspfandrecht, Rhode in neuester Zeit in seiner oben citirten Schrift für den Forderungsniessbrauch dahin ausgeführt: es liege in der Bestellung des Forderungspfandrechts, des Forderungsniessbrauchs eigentlich eine Eventualbegründung des Pfandrechts, des Niessbrauchs an den Objecten der Forderung und es sei das Forderungspfandrecht, der Forderungsniessbrauch eine Combination aus einer Forderungscession und der Eventualbegründung des betreffenden Sachenrechts an der res debita. Die Ansicht von Exner bezüglich des Forderungspfandrechts habe ich a. a. O. zu würdigen versucht, zu Rhodes Auffassung des Ususfructus nominis Stellung zu nehmen wird sich im Verlaufe der Abhandlung Gelegenheit ergeben. Ich will hier nur gleich hervorheben, dass Exners energische Betonung des Cessionsstandpunktes beim Forderungspfandrecht, der sich Rhode für den Forderungsniessbrauch vollständig angeschlossen hat, für das Verständniss der externen Seite des Forderungspfandrechts wie des Forderungsniessbrauchs von grosser Bedeutung ist.

Durch die Geltendmachung des ius exigendi entsteht für den Usufructuar, je nachdem die Forderung unverbrauchbare oder verbrauchbare Sachen zum Gegenstande hat, die Personalservitut des Ususfructus oder aber Eigentum [12]). Hierüber sind mit Ausnahme von Dun-

11) cf. über diesen zweckmässigen Sprachgebrauch Bähr, Dogmat. Jahrbücher I. S. 361 fg. Bürkel, Beiträge S. 71 Anm. 1.

12) In aller Regel wird praktisch der Gegensatz „Forderung einer unverbrauchbaren Sache und Forderung verbrauchbarer

ker (Archiv für prakt. Rechtsw. VI. Bd. S. 100 fg.) alle neueren Schriftsteller über den ususfructus nominis einig. Dunker behauptet nemlich, an den Objecten der Forderung entstehe immer Eigentum, und es muss Dunker auch zugegeben werden, dass keine der den ususfructus nominis behandelnden Quellenstellen den einer Forderung auf unverbrauchbare Sachen bespricht[13]). Die herrschende Lehre kann sich somit gegen die Dunker'sche Auffassung auf kein directes Quellenzeugniss, wol aber darauf berufen[14]), dass dieselbe zu den grössten praktischen Unzuträglichkeiten führen würde, wie sich aus folgendem Beispiel ergibt.

Gesetzt A kauft von B ein Haus, das ihm am 1. Januar 1860 zu tradiren ist. A stirbt im December 1859, und in seinem Vermögen, dessen Niessbrauch der Frau legirt ist, findet sich daher die Kaufforderung. Hat Dunker Recht, so erwirbt die Niessbraucherin durch deren Geltendmachung das Eigentum des Hauses, der Erbe hat blos einen persönlichen Rückforderungsanspruch. Wäre der A um einige Tage später nach erfolgter Tradition gestorben, so würde seine Wittwe nur Usufructuarin des Hauses.

Sachen" sich mit dem Gegensatze „Forderung einer Species und Forderung einer Quantität" decken. Die erste Antithese ist die correcte. cf. Bürkel, Beiträge S. 62 fg.

13) Die L. 1 C. de usufr. 3, 33 spricht ausdrücklich von einer Geldforderung. Die L. 24 D. de usu et usufr. 33, 2 bespricht verzinsliche Forderungen fungibler Sachen, und zwar Geldforderungen, da „sors" in aller Regel Geldforderung bedeutet. Die L. 4 D. de usufr. earum 7. 5 bezieht sich gleichfalls auf „nomina", d. h. also auf Geldforderungen (vgl. oben S. 60). Positive Argumente für seine Auffassung bringt Dunker nicht vor.

14) Versteht man die L. 18 D. de p. a. 13. 7 und die L. 13 §. 2 D. de pign. et hyp. 20. 1 dahin, dass kraft derselben beim Forderungspfandrecht an dem eingetriebenen Gelde Eigentum entsteht (cf. oben S. 59), so mag man sich auch auf die analoge Behandlung des Forderungspfandrechts berufen (cf. Rhode, Die Lehre vom ususfructus nominum S. 39).

Ad III. In welche juristische Form kleidet sich dieses jus exigendi — wie ist das Verhältniss des Usufructuars zur Forderung juristisch zu charakterisiren — römisch gesprochen: welcher Natur ist die Klage des Forderungsniessbrauchers?

Im Anfange der Kaiserzeit, in die bekanntlich die Entstehung des Forderungsniessbrauchs fällt, war die Geltendmachung einer Forderung durch einen anderen als den ursprünglichen Gläubiger nur möglich in Form einer Processstellvertretung. Der Niessbraucher konnte die Forderung somit nur als Cognitor oder Procurator geltend machen.

Stützte der Forderungsniessbraucher sein Recht also beispielsweise auf ein Legat, so hatte er gegen den Erben blos einen persönlichen Anspruch (eine Condictio incerti ex testamento) auf Erteilung eines Processmandats. Verweigerte der Erbe dieses, so wurde er dem Legatar auf das Interesse verhaftet. Ob nun dieses Processmandat in rem suam oder alienae rei gratia erteilt wurde, darüber finden wir in den Quellen keine Entscheidung. In der Literatur bespricht diese Frage ausführlicher nur Schmid[15]). Wir wollen uns nun zuvörderst klar machen, worin der Unterschied zwischen einem Cognitor beziehungsweise Procurator in rem suam und alienae rei gratia in dem uns hier ausschliesslich interessirenden Verhältniss nach Aussen besteht. Beim Cognitor resp. Procurator in rem suam wird die A° iudicati nicht auf den Dominus übertragen, während beim Cognitor rei alienae und beim Procurator rei alienae praesentis, — causa cognita, — eine Uebertragung derselben auf den Dominus stattfindet[16]).

15) Grundlehren der Cession I. S. 181 fg., S. 219 fg. Nach Mühlenbruch ist der Forderungsniessbraucher als blosser Administrator der Forderung Procurator rei alienae.

16) cf. Vat. fr. 317, 331 fg., 339, L. 86 D. de solut. 46. 3. cf. L. 4 pr. D. de R. J. 42. 1. Den unbedeutenden Unterschied zwischen dem Procurator in rem suam und rei alienae betreffs der

Bei Forderungen verbrauchbarer Sachen soll nun der Usufructuar im Falle der Eintreibung der Forderung an den Gegenständen derselben Eigentum erwerben, daher hat er das höchste Interesse daran, dass ihm die A° iudicati gegeben werde, während eine Umstellung derselben auf den Dominus der Forderung offenbar sinnlos wäre. Für diesen Fall ist daher der Usufructuar als in rem suam bestellter Processstellvertreter anzusehen [17]).

Anderer Ansicht ist Schmid betreffs der Forderungen auf Inconsumtibilien. Da an den Objecten dieser Forderung der Usufructuar blos Niessbrauch und der Dominus der Forderung Eigentum erwirbt, so meint Schmid, könne das Mandatum ad agendum solchenfalls unmöglich ein in rem suam gegebenes gewesen sein. Ich kann mich mit dieser Argumentation nicht einverstanden erklären. Das Resultat der Klage des Usufructuars gegen den Schuldner kann nemlich möglicherweise ein doppeltes sein. Entweder der Schuldner gibt nach, tradirt die Sache dem Forderungsniessbraucher und wird deshalb absolvirt, dann erwirbt der Kläger Niessbrauch und Detention und für den Dominus der Forderung als dessen Stellvertreter [18]) Eigentum und juristischen Besitz — oder aber der Schuldner lässt es zur Geldcondemnation kommen, dann wird diese zu Gunsten des Usufructuars gestellt. Wäre das Processmandat rei alienae causa erteilt worden, so würde nunmehr in den oben erwähnten Fällen die Actio iudicati zu Gunsten des Dominus der Forderung gestellt werden. Da wir aber als Parteiwillen bei der Niessbrauchsbestellung gewiss präsumiren dürfen, dass der Ususfructus einer Forderung, die nicht

---

Appellation (L. 4 §. 2 de appell. 49. 1. L. 1 §. 2 quando appell. sit 49. 4) näher zu berücksichtigen, wird man mir wol erlassen.

17) Ebenso Schmid, Grundlehren der Cession I. S. 181 fg., S. 219 fg.

18) Der Forderungsniessbraucher, der qua solcher klagt, gibt dadurch zu erkennen, dass er für den Dominus der Forderung Eigentum, für sich Niessbrauch erwerben wolle. In demselben Sinne erfolgt deshalb auch die Tradition.

auf Geld lautet, im Falle einer Verurteilung des Schuldners auf Geld dieses zu seinem Gegenstande haben solle, so würde durch die Verstellung der Actio iudicati zu Gunsten des Dominus der Forderung der Intention des Niesbrauchsbestellers entgegengehandelt werden, und eben deshalb glaube ich, ist auch, im Falle die in usufructu befindliche Forderung auf unverbrauchbare Sachen geht, das Mandatum als ein in rem suam gegebenes zu betrachten.

Als sich im Verlaufe der Kaiserzeit die Actio utilis [19]) für die Cession der Forderung zu Eigentum entwickelt hatte, wurde dieselbe wie dem Forderungspfandgläubiger [20]) sicherlich auch dem Forderungsniessbraucher [21]) gegeben. Ob es für deren Anwendung einen Unterschied machte, welcher Art die Objecte der fraglichen Forderung waren, lässt sich quellenmässig nicht beantworten. Da beim Forderungspfandrecht – mochten die Objecte der Forderung welcher Art immer sein — die Actio utilis [22]) unterschiedslos gegeben wurde, so lässt sich hieraus wol schliessen, dass die Actio utilis bei jeder Art von Forderungsniessbrauch anwendbar war.

Das jus exigendi des Forderungsniessbrauchers ist durch die Cautionsbestellung seitens desselben bedingt und zwar deshalb, weil der Forderungsniessbraucher durch die Ausübung des jus exigendi an den res debitae exactae je nach deren Beschaffenheit verus oder Quasiususfructus erwirbt, die von demselben zu bestellende Caution daher die notwendige Basis eventueller Ansprüche des Dominus der Forderung gegen den Niessbraucher ist [23]).

Während daher sonst die in der gehörigen Form vor-

---

19) Windscheid II. §. 329 Anm. 6.

20) L. 13 §. 2 de pign. 20. 1. L. 4 C. quae res pignori 8. 17.

21) Ueber die Anwendungsfälle derselben gleich unten cf. auch L. 18 C. de legatis 6. 37. „Ex legato nominis, actionibus ab his, qui successerunt, non mandatis — — utilibus autem suo nomine experietur".

22) L. 13 §. 2 de pign. 20. 1.

23) Schmid, Grundlehren der Cession I. Bd. S. 219 macht

genommene Denuntiation einer geschehenen Forderungsübertragung den Schuldner sowol berechtigt, dem Cessionar zu zalen, wie ihn verpflichtet, dem Gläubiger (Cedenten) nicht zu zalen [24]), ist beim Forderungsniessbrauch die einfache Denuntiation an den Schuldner nicht hinreichend, um denselben zur Zalung an den Forderungsniessbraucher zu berechtigen — die Denuntiation äussert vielmehr nur die zweite der erwähnten Wirkungen, sie verpflichtet den Schuldner, dem Dominus der Forderung nicht zu zalen. Der Grund für diese zweite Wirkung ist nur darin zu erblicken, dass es seitens des Schuldners ein geradezu doloses Vorgehen wäre, dem Dominus der Forderung trotz geschehener Denuntiation Zalung zu leisten [25]). Hiebei ist es nun möglich, dass der Schuldner, da er während einer gewissen Zeit weder dem Dominus noch dem Usufructuar der Forderung zalen darf, bei Fälligkeit der Forderung, um sich zu liberiren, zur gerichtlichen Deposition schreiten muss. Das enthält insoferne eine Verschlechterung seiner Lage — ich glaube aber, dass wir trotzdem diese Consequenz aus der begrifflichen Notwendigkeit der Caution und aus allgemeinen Grundsätzen ziehen müssen. — Ob die eben gegebene Entscheidung für das heutige Recht, in dem man der Caution kaum noch eine rechtsbegründende, sondern blos eine rechtssichernde Wirkung beilegen darf, richtig ist, ist eine andere aus dem angeführten Moment wol zu verneinende Frage.

Die Unklarheit der Theorie wie der Praxis über den Charakter der usufructuarischen Cautionen im heutigen Rechte (cf. hierüber oben S. 37 fg.) hat auch verschiedene

---

auch mit Recht darauf aufmerksam, dass in der L. 24 D. de usu et usufr. leg. 33. 2 die Ausdrücke „foenus praestabitur“, „sortes dabuntur“ vorkommen, was auf die Notwendigkeit der Uebertragung der Forderung schliessen lässt.

24) Ueber die Function der Denuntiation cf. die bei Windscheid II. §. 331 Anm. 8 citirten, insbesondere Bähr, Dogm. Jahrb. I. S. 414 fg.

25) cf. Bähr, Dogm. Jahrb. I. Bd. S. 416 fg.

Entscheidungen über die Frage hervorgerufen, ob der vom Niessbraucher belangte Schuldner berechtigt ist, sich auf die noch nicht geleistete Caution zu berufen. Erklärt man die Caution des Forderungsniessbrauchers noch heutzutage für ein absolutes begriffsnotwendiges Erforderniss des Forderungsniessbrauchs, so muss man dem Schuldner das Recht einräumen, sich auf die noch nicht geleistete Caution zu berufen, — er bestreitet dann einfach die Aktivlegitimation des Klägers — wenn nicht, so muss entgegengesetzt entschieden werden, weil dann die Berufung des Schuldners auf die vom Niessbraucher noch nicht bestellte Caution eine Exceptio de iure tertii wäre. Das OAG. zu Celle hat sich in seinen Erkenntnissen vom 28. April 1831[26]) und vom 14. December 1864 (Seuffert XIX. 126) für die Zulassung der Einrede der noch nicht geleisteten Caution seitens des Schuldners ausgesprochen, dagegen unter dem 3. November 1843 (Seuffert XI. 164) im entgegengesetzten Sinne entschieden. Verweigert der Erbe trotz bestellter Caution, giltigen Verzichts oder — zulässigen — Erlasses derselben die Erteilung des mandatum ad agendum, dann und nur dann hat die Actio utilis Platz zu greifen[27]).

Der Forderungsniessbrauch begründet nach unseren

26) E. Spangenberg, Praktische Erörterungen II. Bd. S. 72 fg. cf. Dunker, Archiv für prakt. RW. VI. Bd. S. 116. Bürkel, Beiträge S. 135 fg. Ganz unpassend ist die Berufung auf die L. 1 C. de usufr. 3. 33 in diesem Erkenntniss. Nicht hieher gehört das von Dunker l. c. S. 116 — aus den mir unzugänglichen Heuser'schen Annalen für Kurhessen 4. Bd. S. 514 fg. — citirte Erkenntniss des OAG. Cassel vom 25. October 1856. Des Punktes, auf den es allein ankömmt, wird sich keines der 3 Celler Erkenntnisse bewusst.

27) So ganz richtig Bürkel, Beiträge S. 134 Anm. 1 gegen Schmid, Grundl. der Cession I. S. 219. cf. L. 18 C. de leg. 6. 37. Schief ist die Auffassung von Dunker l. c. S. 114, der in allen Fällen dem Forderungsniessbraucher sofort eine Actio aus einer fingirten Cession geben will. Gegen die missbräuchliche Anwendung von Actiones utiles cf. Bähr, Dogm. Jahrb. I. S. 400.

bisherigen Erörterungen — abgesehen von dem Rechte des Zinsengenusses — das Recht auf Geltendmachung der in usufructu befindlichen Forderung, entweder in Folge der Uebertragung derselben durch den Dominus — Actio mandata — oder aber eventuell kraft eigenen Rechts des Usufructuars — Actio utilis. Der Dominus bleibt Gläubiger[28]) — und ist darum berechtigt, die Forderung salvo usufructu zu verpfänden und zu Eigentum zu cediren — sein Recht ist aber während der Dauer des Forderungsniessbrauchs durch denselben in der geschilderten Weise beschränkt. Man ist vielfach weiter gegangen und hat wenigstens bei Forderungen verbrauchbarer Sachen den Uebergang des Forderungsrechts in die volle Herrschaft des Forderungsniessbrauchers, für das heutige Recht aber Uebergang der Gläubigereigenschaft auf denselben behauptet.

Deshalb und wegen des dadurch notwendig bedingten Gefahrüberganges auf den Usufructuar nannten namentlich ältere Schriftsteller[29]) den ususfructus nominis einen Quasiususfructus. Diese Auffassung ist quellenmässig so wenig beweisbar (cf. Windscheid I. §. 206 Anm. 9), wie das aus ihr als notwendige Folge sich ergebende, praktisch recht bedenkliche Recht des Usufructuars, die Forderung zu veräussern[30]).

Fasst man, wie es sicherlich richtig ist, den Begriff der Cession so weit, dass jede Uebertragung einer Forderung zur Geltendmachung im eigenen Interesse[31]) unter

28) Daraus folgt von selbst, dass von einem Anspruch des Forderungsniessbrauchers auf Erwerb der Forderung durch Delegation keine Rede sein kann.

29) cf. Glück IX. S. 407 fg. Puchta, Pand. §. 182. Steinberger l. c. S. 180. Dunker S. 108 (auch für Forderungen unverbrauchbarer Sachen). Böcking, Pand. S. 260.

30) Ohne die angedeutete unrichtige Auffassung zu haben, gelangt v. Wyss, Zur Lehre vom Forderungsniessbrauch S. 10 gleichfalls zur Zulassung jeglicher Disposition über die Forderung durch den Usufructuar, freilich ohne es auch nur zu versuchen, diese Behauptung zu beweisen.

31) cf. Bähr, Dogmat. Jahrb. I. Bd. S. 385 fg., S. 398. Exner, Kritik S. 154 fg., S. 155 Anm. 294 gegen Windscheid I. §. 239 Anm. 10.

denselben fällt, so ist auch der Forderungsniessbraucher Cessionar, der Dominus der Forderung Cedent, der Schuldner Cessus — der Forderungsniessbrauch eine Cession ususfructus causa. Aus diesem Grunde sind auch die positiven Cessionsverbote auf die Niessbrauchsbestellung an Forderungen anwendbar.

§. 15.

Interne Seite des Forderungsniessbrauchs. Verhältniss zwischen dem Dominus der Forderung und dem Usufructuar.

Der Dominus der Forderung ist durante usufructu nicht in der Lage, sein Recht gegenüber dem Schuldner klagweise geltend zu machen. In der insoweit ausschliesslichen Verfügungsmöglichkeit des Usufructuars über die Forderung liegt sicherlich eine Analogie mit dem Quasiususfructus an Sachen, deshalb ist bei beiden wenigstens nach römischem Rechte die Caution Bedingung ihres Existentwerdens.

Man hat diese Aehnlichkeit dahin ausgedehnt (vgl. die oben §. 14 Anm. 29), dass, wie beim Quasiususfructus an Sachen, so beim Forderungsniessbrauch die Forderung in die Herrschaft des Usufructuars übergeht, auf diesen aber auch unbedingt die Gefahr der Forderung überwälzt. Diesen letzteren Punkt zu besprechen ist hier der Ort[1]). Die Argumentation, durch die der absolute Uebergang der Gefahr motivirt wird, ist regelmässig folgende. Die Caution, die der Forderungsniessbraucher zu stellen hat, sei die ex Senatusconsulto, diese verpflichte aber zur Restitution von tantundem eiusdem qualitatis oder der Aestimation. Hienach hafte der Quasiusufructuar für Gefahr, daher gelte das auch vom Forderungsniessbraucher. Diese Beweisführung ist unstichhaltig. Die Cautio quasiusufructuaria, wie sie uns die L. 7 D. de usufructu earum 7. 5. referirt, ist wahrscheinlich erst ein Produkt der Cautelarjurisprudenz.

1) Gegen Luden, Servitutenlehre S. 109 fg., cf. Bürkel, Beiträge S. 67 Anm. 1.

Wenigstens wird uns nirgends gesagt, dass die Caution ihrem Wortlaute nach schon im Senatusconsult enthalten gewesen wäre [2]). Und auch wenn das Senatusconsult selbst die Caution in der erwähnten Weise normirt hätte, so würde das noch immer nicht beweisen, dass mit der Anwendung des durch das Senatusconsult gegebenen Princips auf Forderungen auch die Cautio quasiusufructuaria auf Forderungen ausgedehnt worden ist. Die genannte Caution ist, so sehr sie für verbrauchbare Sachen passend ist, ebenso unanwendbar für Forderungen, wenn wir nicht, wozu wir in keiner Weise berechtigt sind, eine Aestimation der Forderung eintreten lassen und die Aestimationssumme immer als Restitutionsobject in die Caution uns aufgenommen denken.

Dunker (Archiv für prakt. RW. VI. Bd. S. 109) hat für die Art und Weise der Vornahme dieser Schätzung die L. 63 pr. u. §. 1 u. die L. 82 D. ad leg. Falc. 35. 2 herangezogen und gemeint die Gefahr der Unsicherheit der Schuld durch eine ähnliche Schätzung der Forderung wie bei der Berechnung der falcidischen Quart für den Forderungsniessbraucher zu vermindern. Die Möglichkeit einer solchen beiläufigen Schätzung auch in Anwendung auf den usufructus nominis will ich gar nicht in Abrede stellen. Ich glaube aber, dass man, ganz abgesehen davon, dass eine solche Schätzung der in usufructu befindlichen Forderung zum Zwecke der Feststellung der künftigen Restitutionssumme durch nichts quellenmässig erwiesen ist, dadurch dem Forderungsniessbrauch den Character eines gewagten Geschäftes aufdrückt, den er nicht haben soll.

Es hat denn auch an Schriftstellern nicht gefehlt, die den unbedingten Uebergang der Gefahr auf den Forderungsniessbraucher verwerfen.

Bürkel (Beiträge S. 66 fg.) lässt bei Forderungen

2) Die Worte „secundum formam SCti" der L. 1 C. de usufr. 3. 33. bedeuten einfach „gemäss der Vorschrift des SC." nicht nach dem „Muster, das das SC. gibt", cf. Brissonius s. v. forma.

auf verbrauchbare Sachen, die Gefahr auf den Forderungsniessbraucher nur dann übergehen, wenn er nicht „nach der Uebertragung der Forderung dieselbe baldmöglichst geltend gemacht und als sorgsamer Wirtschafter dabei gehandelt hat“. Kann ihm in dieser Beziehung kein Vorwurf gemacht werden, so braucht er bloss zurückzugeben, was er wirklich eingenommen hat. Die Verpflichtung zur sofortigen Einziehung bei sonstigem Gefahrübergang ist nun eine höchst unbillige, wenn das Forderungskapital ebenso sicher als einträglich collocirt ist, sie ist weiter quellenmässig unerweisbar, und Bürkel sagt uns weder aus welchem höheren Princip diese Verpflichtung folgen soll, noch wie sie in der Caution Ausdruck zu finden hat. Nach v. Wyss (Zur Lehre vom Forderungsniessbrauch S. 11) haftet der Forderungsniessbraucher, wenn er über die Forderung nicht disponirt hat, nur für die Verschlechterung der Forderung durch sein Verschulden. Hat er über die Forderung wie immer disponirt, dann haftet er schlechthin für den Schätzungswert. Diese Auffassung ist ebenso principlos — v. Wyss hat es selbst nicht versucht sie principiell oder aus den Quellen zu entwickeln — wie praktisch unbefriedigend. Setzen wir den häufigsten Fall, in dem die Frage nach der Gefahr der Forderung praktisch wird, den Ausbruch des Concurses über den Schuldner. Meldet der Usufructuar die Forderung zur Befriedigung an, so haftet er nach v. Wyss absolut für den Schätzungswert derselben, obwol er aus dem Concurse möglicherweise nichts oder wenig bekömmt. Unterlässt aber der Forderungsniessbraucher die Anmeldung der Forderung, so kann ihm der Dominus der Forderung mit Grund den Vorwurf der gröbsten Fahrlässigkeit machen und der Forderungsniessbraucher muss daher für den dem Dominus der Forderung erwachsenen Schaden aufkommen.

Das Princip, nach dem nach meiner Meinung das Verhalten des Niessbrauchers zur Forderung zu beurteilen ist, ist vielmehr dasselbe wie das des Sachenniessbrauchs. Es ist durch die Worte der Cautio usufructuaria zu cha-

rakterisiren: der Niessbraucher müsse sein Recht ausüben boni viri arbitratu.

Der Grund, warum das bisher so häufig verkannt wurde[3]), liegt eben darin, dass man auf den Forderungsniessbrauch die Grundsätze des Quasiususfructus an Sachen anwendete, weil beide ihren Ursprung dem oft erwähnten Senatusconsult verdanken. Hält man sich von diesem Irrtume fern, erwägt man weiters, dass wir nirgends in den Quellen eine Andeutung darüber finden, dass der Forderungsniessbrauch in Bezug auf das Verhalten des Niessbrauchers zum Objecte seines Rechts eine andere Behandlung finde als der gewöhnliche Sachenniessbrauch, so wird man für meine Auffassung keiner weiteren Belege bedürfen. Wie der Ususfructus nominis mit dem Quasiususfructus darin ähnlich ist, dass dem Dominus der Forderung während der Dauer des Forderungsniessbrauchs die Möglichkeit der Geltendmachung der Forderung entzogen ist, so ist er darin dem verus ususfructus ähnlich, dass für das Verhalten des Niessbrauchers zur Forderung die Grundsätze des verus ususfructus massgebend sind. Daraus ergibt sich von selbst, dass es unpassend ist, den ususfructus nominis unter eine der beiden Formen des Sachenniessbrauchs schlechthin zu subsumiren. Der ususfructus nominis ist eine Rechtsfigur sui generis.

Aus dem eben entwickelten Princip heraus wird der Forderungsniessbraucher daher seiner Restitutionspflicht finito usufructu durch Abtretung der Forderung selbst genügen, wenn er sich durch die Nicht-

3) Brinz, Pand. 2. Aufl. I. S. 780 scheint derselben Ansicht zu sein. Ausdrücklich hervorgehoben finde ich dieses Princip auch nicht bei Windscheid (Pand. I. §. 206 Anm. 9). Mühlenbruch (Cession S. 497 fg.) und Elvers (Servitutenlehre S. 596 fg.) sprechen dasselbe ebensowenig aus; ich zweifle nicht, dass dieselben nach ihrer oben erwähnten Auffassung, wonach der Forderungsniessbrauch ein verus ususfructus sein und daher ein blosses Administrationsrecht gewähren soll, der gleichen Ansicht von einem allerdings unrichtigen Ausgangspunkte aus sind.

eintreibung der Forderung nicht gegen die Sorgfalt eines bonus vir vergangen hat. Da der Dominus der Forderung trotz des Forderungsniessbrauchs bis zur erfolgten Geltendmachung der Forderung seitens des Usufructuars Gläubiger bleibt, so bedarf er, falls finito usufructu die Forderung noch nicht eingetrieben war, einer Rückcession derselben im technischen Sinne nicht. Er kann daher mit der Klage aus der Forderung sofort gegen den Schuldner vorgehen; der Nachweiss, dass der Forderungsniessbrauch aufgehört hat, ist allerdings ein Teil seiner Aktivlegitimation und wird durch die erfolgte Abtretung der Klage des Forderungsniessbrauchers, die in diesem Sinne daher die Function einer Anerkennung des nunmehr wieder unbeschränkten Rechts des Dominus der Forderung hat, in leichtester und einfachster Weise geführt. Hat der Forderungsniessbraucher von seinem jus exigendi Gebrauch gemacht, so entsteht an den res debitae exactae, soferne dieselben unverbrauchbare Sachen sind, für ihn blosser Niessbrauch, bei dessen Ausübung er selbstverständlich nur für die Sorgfalt eines bonus vir und nicht für Gefahr haftet. Da der Dominus der Forderung Eigentümer der res exactae wird, so concurrirt mit seiner Klage aus der Caution die Rei vindicatio. Sind die res debitae verbrauchbare Sachen, so erwirbt der Niessbraucher an diesen Eigentum und haftet nach den Grundsätzen des Quasiususfructus für Restitution von tantundem eiusdem qualitatis.

Beträgt die eingetriebene Summe weniger als der Nominalwert der Forderung, oder misslingt der Realisirungsversuch der Forderung gänzlich, so ist der Usufructuar zum Ersatz nur insoweit verpflichtet, als er es hiebei an der Sorgfalt eines bonus vir hatte fehlen lassen [4]).

---

4) Hiernach wird also zu beurteilen sein, ob er die nötigen Kosten auf die Eintreibung der Forderung verwendet hat, ob er mit dem Schuldner gerichtliche oder aussergerichtliche Vergleiche schliessen durfte etc.

Die formelle Basis für die Ansprüche des Dominus der Forderung ist durch eine Caution herzustellen. Dass diese nicht die Cautio quasiusufructuaria sein konnte, haben wir bereits gehört. Eben so wenig passt aber die Cautio usufructuaria ihrem Wortlaute nach für den Forderungsniessbrauch. Diese lautet nach L. 1 pr. D. usufructuarius quemadm. 7. 9: et usurum se boni viri arbitratu et, cum ususfructus ad eum pertinere desinet, restiturum quod inde exstabit und ist daher mindestens in ihrem zweiten die Restitution finito usufructu betreffenden Passus auf den ususfructus nominis unanwendbar.

Welches Cautionsformular die Römer beim ususfructus nominis angewendet haben, erfahren wir auch sonst nirgends und müssen uns daher mit der Constatirung dessen begnügen, dass keines der beiden uns erhaltenen Cautionsformulare unverändert dem Forderungsniessbrauch entspricht.

Im Verlaufe meiner Darstellung habe ich bereits Anlass genommen, der Ansicht von Rhode [5]) zu erwähnen. Seine Argumentation ist in Kürze folgende: Ein Recht ist niemals Gegenstand eines Rechts, daher auch nicht die Forderung Gegenstand eines Niessbrauchs. In der Bestellung des Niessbrauchs einer Forderung liegt vielmehr eine Niessbrauchsbestellung an den res debitae nebst einer zu diesem Zwecke erfolgten Cession der Forderung.

Dieser Ansicht gegenüber muss man denn doch fragen, wie man denn in der möglicherweise sehr langen Zwischenzeit zwischen der Bestellung des Forderungsniessbrauchs und der Eintreibung der Forderung das doch unleugbar vorhandene Verhältnis des Usufructuars zur Forderung rechtlich beurteilen soll. Von der Verzinslichkeit, so wichtig diese Eigenschaft einer Forderung auch ist, ganz abgesehen, liegt ja gerade darin die Schwierigkeit einer be-

5) cf. dessen oben citirte Schrift S. 23 fg. Aehnlich schon vor Rhode, Zielonacki, Kritische Erörterungen zur Servitutenlehre S. 126 fg. Schmid, Grundlehren der Cession I. S. 180 fg. S. 219.

friedigenden Auffassung des Forderungsniessbrauchs, ein Princip zu finden für die Fragen — wer in dieser Zwischenzeit die Gefahr trage, für welches Verhalten zur Forderung der Usufructuar verantwortlich sei. Nach Rhode liegt der ganze Schwerpunkt des Forderungsniessbrauchs in dem künftigen Niessbrauch an den res debitae. Eine Verpflichtung des Forderungsniessbrauchers kann sonach erst beginnen vom Augenblicke der Eintreibung der Forderung und des entstandenen Sachenniessbrauchs. Die Caution, von der Rhode zugibt, dass sie vor Abtretung der Forderung bestellt sein muss, kömmt ja offenbar erst dann zur Geltung, wenn die Forderung wirklich exigirt ist.

Wie wenn der Forderungsniessbraucher die Forderung nicht eingetrieben, sich mit dem Zinsengenuss derselben begnügt hat und am Ende des Niessbrauchs die Forderung selbst restituirt? War das ein Forderungsniessbrauch oder nicht? Rhode kann darauf nur mit nein antworten. Die Begründung, weshalb alles das so sein soll, bleibt uns Rhode schuldig, weil er sie von seinem Standpunkte aus nicht geben kann, und darum halte ich seine Ansicht, so einfach und klar ihr Ergebniss zu sein scheint, so viel des wahren, namentlich für die Charakterisirung des externen Verhältnisses des Forderungsniessbrauchs in ihr liegt für unrichtig. Und nun einige Worte über den „Gegenstand des Forderungsniessbrauchs."

Sind meine Ausführungen über das externe Verhältnis des Forderungsniessbrauchs richtig, so liegt darin von selbst die Negirung der namentlich von Neuner[6]) und Bremer[7]) vertretenen Ansicht, die Forderung selbst sei Gegenstand des (dinglichen) Niessbrauchrechtes. Dass der Ausdruck „Niessbrauch an Forderungen" trotzdem ein wegen seiner Kürze unentbehrlicher ist, hat die vorherge-

---

6) Wesen und Arten der Privatrechtsverhältnisse S. 79 fg. cf. dazu Bürkel, Krit. VJSchrift XI. Bd. S. 218 fg. nam. S. 222.

7) Pfandr. u. Pfandobj. S. 83, dagegen Exnér, Kritik etc. S. 21 Anm. 40. Bekker, Krit. VJSchrift XV. Bd. S. 541.

gangene Darstellung ebenso gezeigt. Neben der Function der Kürzung hat aber der Ausdruck „Niessbrauch an Forderungen“ und die Bezeichnung der Forderung als Gegenstand des Niessbrauchs, noch eine weitere Bedeutung.

Wir haben gesehen, dass auf den Forderungsniessbrauch in betreff des Verhältnisses zwischen Dominus und Niessbraucher der Forderung dieselben Grundsätze zur Anwendung gelangen wie beim Sachenniessbrauch.

Die Vorstellung hievon, die Subsumtion des Forderungsniessbrauchs unter die Rechtssätze, die sich beim Sachenniessbrauch entwickelt haben und uns allen geläufig sind, erleichtern wir uns nun in einem eben so präcisen als bei richtiger begrifflicher Fassung ungefährlichem Terminus, in dem wir die Forderung als Gegenstand eines Niessbrauchs wie eine Sache bezeichnen. Der Terminus „ususfructus nominis“ ist aber ein quellenmässiger, und weil dem so ist, waren wir berechtigt, der Intention der Quellen zu folgen und auf den Forderungsniessbrauch, soferne die Natur desselben als eines obligatorischen Verhältnisses diess nicht untersagt, diejenigen Grundsätze anzuwenden, die wir in den Quellen für den Sachenniessbrauch anerkannt finden. Der Durchführung dieses Gesichtspunktes, soweit diess nicht schon im bisherigen geschehen ist, sollen die folgenden §§. dienen.

§. 16.

Entstehungs- und Endigungsgründe des ususfructus nominis — Accrescenzrecht[1]).

A) *α*) In den weitaus häufigsten Fällen verdankt der Forderungsniessbrauch seine Entstehung einem Legat. Die dem legatum ususfructus eigentümlichen Grundsätze sind auf das legatum des Forderungsniessbrauchs analog anzuwenden. Dass der Erbe zunächst verpflichtet wird, dem Forderungsniessbraucher die Forderung abzutreten und dass nur subsidiär eine Actio utilis zu geben ist, wurde

1) vgl. auch oben §. 4.

oben bereits erwähnt. β) Der Forderungsniessbrauch kann sodann durch Vertrag begründet werden (cf. oben S. 22). γ) Der Forderungsniessbrauch entsteht in einer Reihe dem Familienrechte angehöriger Fälle als Teil eines Vermögensniessbrauchs durch Gesetz. Ob der Vater vermöge seines eigentümlichen Nutzungsrechtes am peculium adventitium regulare seiner Kinder das Recht hat, die Forderungen einzutreiben, ist in den Quellen nicht ausdrücklich entschieden. Zur Empfangnahme der vom Schuldner freiwillig gebotenen Zalung der Forderung ist der Vater zweifelsohne berechtigt, da die L. 8 §. 3 C. de bonis quae lib. in pot. 6. 61 nur in einem einzigen Falle den Consens des — geschlechtsreifen [2]) und nicht abwesenden — Kindes zur Geschäftsführung des Vaters fordert, nemlich für den Fall der Processführung in Sachen des adventitischen Vermögens [3]). Das Recht der selbständigen klageweisen Geltendmachung einer Forderung wird also dem Vater nur zuzugestehen sein, falls das Kind nicht geschlechtsreif oder abwesend ist. In allen Fällen wird die Klage eines gesetzlichen Niessbrauchers eine Actio utilis sein und es einer Actio mandata um so weniger bedürfen als in einzelnen dieser gesetzlichen Niessbrauchsverhältnisse wegen ihrer eigentümlichen Natur ein Processmandat unmöglich sein wird. Das gilt namentlich für das Verhältniss zwischen Vater und Kind betreffs des peculium adventitium regulare und hat deshalb die eben erwähnte zur Klagführung des Vaters nötige Einwilligung des Kindes nicht die Natur eines Processmandates. δ) Der ususfructus nominis kann durch richterlichen Zuspruch nicht aber ε) durch Ersitzung oder Occupation begründet werden [4]).

---

2) Die citirte Stelle sagt allerdings nicht präcise „nisi adhuc in prima aetate sunt constituti.“

3) cf. hierüber Windscheid II. Bd. §. 517 Anm. 7.

4) Einzelne moderne Particularrechte, so das preussische und das österreichische Recht (cf. oben S. 25 Anm. 14) anerkennen

B) Die Endigungsgründe des ususfructus nominis sind: Tod — Capitis diminutio — angenommener Verzicht — Confusion und findet endlich die Bestimmung der L. un. C. si secundo nupserit mulier V. 10. auch hier analoge Anwendung. Einer besonderen Besprechung bedürfen hier nur die Confusionsfälle.

α) Confusione geht der Forderungsniessbrauch zweifellos unter, wenn der Forderungsniessbraucher den Dominus der Forderung beerbt und umgekehrt.

β) Beerbt der Forderungsniessbraucher den Schuldner oder umgekehrt, so ist das Verhältniss juristisch so zu behandeln als wäre von vornherein ein Niessbrauch der Forderung dem Schuldner bestellt (cf. oben S. 91).

γ) Beerbt der Dominus der Forderung den Schuldner oder umgekehrt, so berührt diese Confusion den Forderungsniessbrauch nicht im geringsten, denn der ususfructus nominis begründet eine — constitutive[5]) — Rechtsnachfolge des Forderungsniessbrauchers in die Forderung selbst. Daraus aber ergibt sich, dass nur diejenigen Endigungsgründe, die dem Auctorrechte zur Zeit der Niessbrauchsbestellung gleichsam im Keime innewohnen, eine Endigung des abgeleiteten Rechtes herbeizuführen im Stande sind. Der Untergang durch Confusion ist aber kein solcher Endigungsgrund und deshalb wird trotz des Untergangs der Forderung der durch dieselbe begründete Niessbrauch aufrecht erhalten. Der Forderungsgläubiger-Schuldner muss dem Niessbraucher zalen gegen das ihm seinerzeit zustehende

---

einen Besitz an Forderungen, die auf fortdauernde oder regelmässig wiederkehrende Leistungen gerichtet sind. Da nun das preussische wie das österreichische Recht den Niessbraucher einer Forderung auf den Zinsengenuss beschränkt, so kann nach den genannten Particularrechten der Niessbrauch an Forderungen durch Ersitzung entstehen. Die dem Rechte des Niessbrauchers correspondirende Restitutionsverbindlichkeit entsteht nicht aus dem Titel der Ersitzung, weil ja dieselbe nicht Gegenstand des Besitzes und darum nicht der Ersitzung sein kann, sondern ex lege.

5) cf. E. J. Bekker, Kritische VJSchr. XV. Band S. 541.

Rückforderungsrecht des Gezalten. Die Unmöglichkeit[6]) einer befriedigenden Erklärung dieses Confusionsfalles, wenn man von der Neuner-Bremer'schen Annahme ausgeht, die Forderung sei Gegenstand des dinglichen Forderungsniessbrauchs ist ein neuer Grund für deren Verwerfung.

C) Das eigentümliche Accrescenzrecht beim Niessbrauchslegate hat auch beim Forderungsniessbrauch analoge Anwendung zu finden.

§. 17.

Rechtsmittel des Dominus der Forderung wegen nicht geleisteter Caution.

Die Caution des Forderungsniessbrauchers war nach früherem Rechte, wie die Cautio quasiusufructuaria ein essentiale negotii. Die letztere wurde, wie wir gehört haben, im Laufe der Zeit zu einem blossen naturale negotii. Wir sind, wie ich glaube, berechtigt dasselbe auch von der Caution des Forderungsniessbrauchers zu behaupten, da auch diese wenigstens der an das bekannte Senatusconsult sich anschliessenden Interpretation ihren Ursprung verdankt. Daher kann auf dieselbe verzichtet werden und ist für dieselbe wenigstens nach heutigem Rechte auch die Zulässigkeit testamentarischen Erlasses zu behaupten. Die Caution des Forderungsniessbrauchers ist in derselben Weise zu leisten, wie die des Sachenniessbrauchers. Hat der Schuldner, ohne dass der Forderungsniessbraucher sich ihm gegenüber über die geleistete Caution oder den Grund, aus welchem die Cautionsleistungspflicht in concreto cessirt, ausgewiesen hätte, die Forderung bezalt, so wird derselbe nach römischem Recht, das die geschehene Cautionsleistung als Voraussetzung der Legitimation des Niessbrauchers zur Zalungsempfangsnahme ansieht, nicht liberirt. Ueberdiess hat der Dominus wegen nicht geleisteter Caution nachstehende Rechtsmittel: 1) Hat sich der Usufructuar ohne Willen des Dominus in den Be-

6) vgl. oben S. 66, S. 79 Anm. 13.

sitz der geschuldeten Sachen durch Eintreibung der Forderung gesetzt, so stehen dem Dominus zu: α) Das Interdictum quod legatorum (arg. L. 1 §. 2 D. quod leg. 43. 3) β) arg. der L. 7 D. usufr. quemadm. 7. 9. die Rei Vindicatio γ) im Falle geschehener Consumtion die Condictio sine causa.

2) Hat der Dominus die Forderung zum Niessbrauch cedirt in der Voraussetzung künftiger Cautionsleistung, also unter Abschluss eines Inominatcontractes „facio ut facias", so hat der Dominus einmal eine Klage auf Cautionsleistung (Actio praescriptis verbis), dann eine Condictio auf Rückcession der Forderung respective auf Herausgabe der res debitae exactae (Condictio ob causam). Waren die letzteren unverbrauchbare Sachen so steht ihm überdiess die Rei Vindicatio zu.

3) Hat der Dominus die Forderung cedirt, ohne dass ein solcher Inominatcontract abgeschlossen wurde, so hat er finito usufructu falls die Niessbrauchsforderung exigirt wurde, wenn die res debitae unverbrauchbare Sachen waren die Rei Vindicatio, waren dieselben verbrauchbare Sachen arg. der L. 5 §. 1 D. de usufr. earum rerum 7. 5. L. 10 D. de praescr. verbis 19. 5. L. 1 §. 17 D. ut legat 36. 3. und der L. 9 §. 4 D. ad exh. 10. 4. eine Klage auf Restitution von tantundem eiusdem qualitatis resp. der Aestimationssumme.

Die Obligation des Quasiusufructuars ist durch die letztgenannten Stellen zu einer gesetzlichen erhoben worden; wenden wir, wie diess sicherlich zulässig ist, denselben Gedanken auch auf die Obligation des Forderungsniessbrauchers an, so steht dem Dominus der Forderung falls die Forderung noch nicht exigirt war finito usufructu die Klage auf Rückcession[1]) der cedirten Forderung zu.

Constante Usufructu dagegen hat der Dominus der Forderung arg. der L. 5 §. 1 D. de usufructu earum 7. 5. nur eine Klage auf Cautionsleistung und die Rei Vindicatio, im Falle die res debitae exactae unverbrauchbare Sachen sind (vgl. oben S. 34 fg.).

---

1) Ueber die Function dieser Rückcession siehe oben S. 109.

Ich habe es in den §§. 14—17 versucht die Lehre vom Forderungsniessbrauche im Anschlusse an die Forderungen auf Sachleistung darzustellen. Die folgenden §§. sollen nun noch den auf den Zinsengenuss beschränkten Forderungsniessbrauch — den Niessbrauch an Forderungen, die auf ein facere oder auf ein Unterlassen gerichtet sind — den Niessbrauch an Naturalobligationen und endlich den Ususfructus an Rentenforderungen besprechen.

§. 18.

Der Forderungsniessbrauch kann in einem concreten Falle auf den Bezug der Zinsen der betreffenden Forderung beschränkt sein.

Wie bereits oben erwähnt kann man von einem Forderungsniessbrauche als einer juristischen Figur in diesem Falle nur sprechen, wenn der Forderungsniessbraucher ein selbständiges Recht auf die Zinsenerhebung hat[1]).

Der Usufructuar erwirbt hier mittelst der cedirten Zinsenklage Eigentum an den eingehobenen Zinsen und braucht diese nicht zu restituiren. Deshalb meint Steinberger l. c. es sei der Zinsenbezugsberechtigte nicht zur Cautionsstellung verpflichtet und aus diesem Grunde sei in diesem Falle kein ususfructus nominis vorhanden.

Hiegegen ist zu bemerken, dass die Restitutionspflicht des Usufructuars in unserem Falle zwar nicht auf die percipirten Zinsen, wol aber auf die Rückcession der abgetretenen Zinsenklage sich erstreckt und dass zu diesem Behufe eine Caution seitens des Forderungsniessbrauchers bestellt

---

1) Dieses Moment wird von den Schriftstellern, die den auf den Zinsengenuss beschränkten Forderungsniessbrauch nicht als solchen behandeln, nicht gehörig berücksichtigt. So schon Puchta, Pand. §. 182. Anm. g. Dunker, Archiv für prakt. RW. VI. Bd. S. 106, 116 cf. auch Steinberger, ZSchr. für CR. und Pr. NF. XI. Bd. S. 170 fg. u. S. 182. Brinz, Pand. 2. Aufl. I. S. 779.

werden kann. Gegen die Qualificirung des auf den Zinsenbezug beschränkten Forderungsniessbrauchs als eines wahren ususfructus nominis könnte man weiter einwenden, es sei in dem Ermessen des Dominus der Forderung gelegen durch Einziehung derselben den Zinsenlauf und damit den Forderungsniessbrauch zu endigen.

Es sind aber sicherlich Fälle denkbar, wo der Forderungsgläubiger die befristete Forderung durch sehr lange Zeit nicht einziehen kann; dann dass bei letztwilliger Bestellung des Niessbrauchs der Erblasser dem Erben die Einziehung einer solchen Forderung untersagt. Erfolgt aber die Einziehung einer solchen Forderung trotzdem, so wird der Intention des Niessbrauchsbestellers gemäss in aller Regel eine Umwandlung des Forderungsniessbrauchs in ein Legatum redituum eintreten.

Der Anspruch des Niessbrauchers auf den Zinsengenuss — und das hier gesagte gilt selbstverständlich auch von einem Forderungsniessbraucher, dem das jus exigendi nicht entzogen ist — bedarf noch näherer Umgrenzung, die sich am besten aus der Beantwortung folgender Fragen ergeben dürfte.

1) Wie steht es dann, wenn kurz nach Eintritt des Niessbrauchs eine Zinsenrate für einen Zeitraum fällig wird, der zum grössten Theile vor Eintritt des Niessbrauchs ablief.

2) Wie dann, wenn kurz nach Beendigung des Niessbrauchs eine Zinsenrate für einen Zeitraum fällig wird, der zum grössten Teile durante usufructu lief.

3) Wie steht es in dem Falle, wenn der Niessbraucher einer Forderung deren Zinsen — sagen wir halbjährig — anticipativ fällig werden, die Zinsen für ein Halbjahr anticipativ erhob, während kurz darauf der Niessbrauch sein Ende erreichte.

4) Wie ist es endlich zu beurteilen, wenn der Niessbraucher Zinsen für eine Zeit voraus erhob, für die anticipative Leistung der Zinsen nicht ursprünglich bedungen war, — wenn er noch nicht fällige Zinsen eincassirt hat.

ad 1. Die kurz nach Eintritt des Niessbrauchs fällig

werdenden Zinsen für einen Zeitraum, der zum grössten Teile vor Eintritt des Niessbrauchs ablief, gehören — falls nicht bei der Bestellung des Niessbrauchs inter vivos ein anderes bedungen wurde — ganz dem Niessbraucher. Das ergibt sich einmal aus der L. 24 D. de usu et usufr. 33. 2. („Uxori fructu bonorum legato foenus quoque sortium quas defunctus collocavit post impletam ex senatus consulto cautionem praestabitur, igitur usuras nominum in hereditate relictorum ante cautionem interpositam debitas velut sortes in cautionem deduci necesse est“ — —) die so deutlich wie möglich als das allein entscheidende Moment für das Zinsenbezugsrecht des Niessbrauchers den durch die Cautionsstellung bedingten Eintritt des Niessbrauchs bezeichnet. Die vor der Cautionsbestellung fälligen Zinsen vermehren das Capital, die nach der Cautionsbestellung fälligen Zinsen gehören dem Niessbraucher, einerlei für welche Zeit sie gelaufen sind. Hiefür sprechen weiter die bezüglichen Bestimmungen beim Sachenniessbrauch, deren analoge Anwendung hier ebenso unbedenklich ist wie in der ganzen Lehre vom Forderungsniessbrauch. Der für den Fruchterwerb des Niessbrauchers eines Grundstücks ausschliesslich massgebende Gesichtspunkt ist die Perception der Früchte durch denselben durante usufructu (L. 12 §. 5 D. de usufructu 7. 1. L. 13 D. quibus modis usufr. 7. 4. L. 25 §. 1 D. L. 28. D. de usuris 22. 1.). Gleichgiltig ist es, ob das Wachsen und Reifwerden der Früchte ganz oder zum Teile in die Zeit vor Eintritt des Niessbrauchs fiel, so dass in keinem Falle auch nur eine obligatorische Verpflichtung des Niessbrauchers zu proportionalem Ersatz an den Eigentümer eintritt.

ad 2. Wie dem Niessbraucher eines Grundstücks finito usufructu nichts von der stehenden Ernte — nicht einmal der Ersatz der auf dieselbe aufgewendeten Kosten (Seuffert XVI. 274) — gebührt, so ist analog auch für den Forderungsniessbrauch zu entscheiden, wenn kurz vor Fälligkeit einer Zinsenrate der Niessbrauch ein Ende erreicht. Die später fällig werdende Zinsenrate gehört dem Dominus der Forderung.

ad 3. Hat der Niessbraucher anticipativ fällige Zinsen bezogen, während kurz darauf vor Ablauf des betreffenden Zeitraumes der Niessbrauch sein Ende erreicht, so braucht er in analoger Anwendung der ad 1. und 2. gegebenen Entscheidungen nichts von den erhaltenen Zinsen zu restituiren.

ad 4. Hat der Niessbraucher noch nicht fällige Zinsraten anticipativ erhoben, so wird der Schuldner erst dann auch dem Dominus der Forderung gegenüber liberirt, wenn der Niessbrauch so lange dauert, bis die letzte der vorausgezalten Zinsenraten fällig geworden ist. Hört der Niessbrauch früher auf, so ist der Schuldner die vorausbezalten Raten dem Dominus der Forderung zu bezalen schuldig, denn er hat insoweit einen nicht Berechtigten gezalt. Aber auch der Niessbraucher wird durch eine solche Handlungsweise dem Dominus aus der Caution verpflichtet, da sein Gebahren nicht dem arbitrium eines bonus vir entsprechend erachtet werden kann.

Für den auf den Zinsengenuss beschränkten Forderungsniessbrauch gelten, wie ich zum Schlusse noch bemerke, betreff der Natur der cedirten Zinsenklage — der Cautionsstellung — der Entstehungs- und Endigungsgründe etc. die beim Normalfalle des Forderungsniessbrauchs geltenden Grundsätze.

§. 19.

Forderungen auf ein facere [1]).

Forderungen auf ein facere sind in bonis und darum, soferne sie übertragbar sind, niessbrauchsfähig. Der Niessbrauch an denselben ist wie der sonstiger Forderungen zu behandeln. Besondere Schwierigkeiten macht hier nur die

1) Diese Gruppe von Forderungen wird von den meisten Schriftstellern über unser Thema teils ausdrücklich (Rhode, zur Lehre vom usufructus nominis S. 19) teils stillschweigend für niessbrauchsunfähig erklärt. Eine Ausnahme macht Held, (Die Lehre vom usufructus earum rerum etc. S. 53).

Frage der Restitutionspflicht finito usufructu. Hiefür sind m. E. 3 Fälle zu unterscheiden.

1) Es gibt Forderungen auf ein facere durch deren Realisirung irgend eine Sache neu hergestellt — verändert — restaurirt werden soll. Vorausgesetzt nun der Forderungsusufructuar hat auch ein Recht auf den Niessbrauch dieser Sache, so bildet diese, durch die Erfüllung der Forderung auf das facere hergestellte oder in ihrem Werte erhöhte Sache das künftige Restitutionsobjekt. Es findet sich z. B. in einem Nachlasse eine Forderung gegen einen Bauunternehmer auf Herstellung der Reparatur eines Hauses. Steht nun dem A an dem ganzen Vermögen der Niessbrauch zu, so hat der Usufructuar A ein Recht auf Erfüllung dieser Forderung. Der Bauunternehmer würde also durch eine Lösung des Baucontractes mit dem Erben, dem Niessbraucher gegenüber von der Haftung nicht frei werden. Der Usufructuar A muss aber auch den Ausbau oder die Reparatur des betreffenden Hauses ex arbitrio boni viri nach allgemeinen Niessbrauchsgrundsätzen, selbst dann dulden, wenn diess seinen Interessen widerspricht. Das künftige Restitutionsobject ist das neu erbaute oder wiederhergestellte Haus.

2) Forderungen auf fortdauernde beziehungsweise periodische Leistungen sind nach Analogie des Rentenniessbrauchs, der im folgenden (§. 22) näher zu besprechen sein wird, zu beurteilen.

Der Niessbraucher lucrirt, die einzelnen durante usufructu geschehenen Leistungen und restituirt finito usufructu die Forderung als solche, die Gesammtforderung, wenn dieser Ausdruck gestattet ist. Die letztere ist im Verhältniss zu den einzelnen Leistungen eine Art ideales Capital. Angenommen z. B. der A sei verpflichtet, die an die Adresse des B ankommenden Briefe täglich durch einen Boten aus der nächsten Poststation an B — seinen Gutsnachbarn befördern zu lassen — eine Verpflichtung, die die Vorfahren des A seit undenklichen Zeiten immer den Vorfahren des B gegenüber erfüllt. B stirbt und hinterlässt einen Vermögensniess-

brauchslegatar, der auf dem Gute des B wohnhaft ein Interesse daran hat, die Briefe täglich aus der Stadt zu erhalten. Kein Zweifel, dass der Niessbraucher alle die einzelnen Leistungen lucriren und finito usufructu der Erbe des B als Gutsnachfolger den Anspruch auf dieselben Leistungen haben wird.

3) Sonstige Forderungen auf ein facere, müssen, um niessbrauchsfähig zu sein, in Geld geschätzt werden. Die Schätzungssumme bildet das Restitutionsobject. — Wird die Forderung auf ein facere nicht erfüllt, so tritt an deren Stelle eventuell eine Interessenforderung resp. eine Forderung aus einer Conventionalstrafstipulation. Der Usufructuar wird dann Niessbraucher einer Forderung auf Sachleistung.

§. 20.

Forderungen auf ein Unterlassen.

Auch diese sind in bonis und deshalb ihre Uebertragbarkeit vorausgesetzt niessbrauchsfähig. Das letztere wird in aller Regel nur der Fall sein, wenn sie sich auf eine angenehmere oder einträglichere Nutzung einer Sache beziehen. Ist diese gleichfalls in usufructu, so hat die Uebertragung der Forderung auf den Usufructuar einen guten Sinn und kann für denselben von Bedeutung sein. Den durch die der Forderung gemäss geschehene Unterlassung erlangten Vorteil lucrirt der Niessbraucher, wie bei Forderungen auf ein periodisch sich wiederholendes facere. Gegenstand der Restitution ist die Forderung auf Unterlassung selbst.

Ein Beispiel: A verspricht dem Fabrikanten B ihm und seinen Rechtsnachfolgern in der Fabrikation eines bestimmten Artikels durch die nächsten 30 Jahre keine Concurrenz zu machen. Ein Usufructuar der Fabrik wird den durch die Einhaltung dieses Versprechens für die Fabrik erwachsenen Vorteil durante usufructu lucriren — mit der Fabrik wird auch die Forderung gegen den A auf den nächsten Fabrik-

herrn übergehen. Im Falle der Verletzung der Verbindlichkeit durch den zu einem Unterlassen verpflichteten Schuldner, wird die Forderung auf das Interesse oder aus einer Conventionalstrafstipulation in bekannter Weise an deren Stelle treten.

§. 21.

Niessbrauch an Naturalobligationen[1]).

Die Uebertragbarkeit der Naturalobligationen wird in der Literatur ziemlich allgemein anerkannt. Hiemit wäre aber die Voraussetzung ihrer Niessbrauchsfähigkeit gegeben. Neben Mühlenbruch (Cession S. 252, 254), der zuerst die Cessibilität der Naturalforderungen ausführlich vertheidigte — haben sich hiefür Puchta[2]), mit verschiedenen Einschränkungen D'Avis und Arndts[3]), Vangerow (II §. 574 Anm. 2) und Windscheid (II §. 335 Anm. 16) ausgesprochen. Schmid (Grundlehren der Cession I Bd. S. 54 fg.) und Schwanert (Naturalobligationen S. 178 fg.) die m. W. einzigen Schriftsteller, die die gegenteilige Meinung vertreten — haben nun, wie ich glaube überzeugend nachgewiesen[4]), dass sich in den Quellen keine Stelle findet, die die Cessibilität der Naturalobligationen bezeugte, und dass insbesondere die von gegnerischer Seite hiefür angeführten Stellen von einer Cession naturaler Obligationen nicht sprechen[5]).

---

1) cf. Steinberger, ZSchr. für CR. u. Pr. NF. XI. Bd. S. 180 fg. Steinberger hat die Frage nach der Niessbrauchsfähigkeit der Naturalobligationen bejaht. Da ich mich mit seinen Ausführungen nicht einverstanden erklären kann, muss ich auf diesen im heutigen Leben kaum mehr praktischen Punkt eingehen.

2) Rechtslexicon II. S. 639.

3) ZSchr. für CR. u. Pr. NF. Bd. X S. 114 fg. cf. auch Arndts Pand. §. 254 Anm. 6.

4) Ebenso schon vor ihnen D'Avis l. c. allerdings um schliesslich zu einem anderen Resultate zu gelangen.

5) Die L. 40 pr. u. die L. 64 pr. ad SC. Treb. 36. 1. besprechen den Uebergang der Naturalobligationen auf den Fideicom-

Dem gegenüber ist es baare Willkür, wenn man aus irgend welchen apriorischen Argumenten trotzdem die Zulässigkeit der Uebertragung von Naturalobligationen behauptet. Gerade für diese ist es vollkommen unzulässig ihnen irgend grössere als die streng quellenmässige Wirksamkeit beizulegen. Das Recht nimmt nicht umsonst gewissen Verbindlichkeiten gegenüber eine passive, gleichgiltige Haltung ein, und missbilligt andere, indem es dieselben durch Exceptiones in odium creditorum zu naturalen Verbindlichkeiten herabdrückt. Jede einzelne Wirkung naturaler Obligationen muss darum gesetzlich für diejenige Art von Obligationen feststehen, für die man sie behauptet. Dass durch die Zulassung der Cessibilität wenigstens diejenigen naturalen Obligationen, die eine Exceptio compensationis begründen, in praktisch sehr bedenklicher Weise den civilen Obligationen gleichkämen hat D'Avis (l. c. S. 117 fg.) mit Recht hervorgehoben. Deshalb schliesst denn auch D'Avis[6]) obwol er im allgemeinen die Cessibilität der Naturalobligationen behauptet, die Exceptio compensationis für den Cessionar ausdrücklich aus.

D'Avis selbst bekennt, er könne diese Einschränkung nicht quellenmässig beweisen, schränkt übrigens diese Einschränkung gleich wieder ein, indem er dem Cessionar die Exceptio compensationis in dem Falle zugesteht, wenn der Cessionar wegen einer Schuld des Cedenten belangt wird.

Windscheid lässt die Cession eines naturale debitum zu und gibt dem Cessionar die Compensationseinrede mit Ausnahme des Falls böswilliger Uebertragung der Forderung an den Cessionar „um den Schuldner zu benachteiligen“.

Diese Einschränkung ist durch gar nichts quellenmässig beweisbar, und auch abgesehen hievon möchte ich denn doch fragen, ob man das in der Tat eine böswillige

---

missar der heredis loco ist, eben so wenig passen die L. 17 D. de her. vel act. vend. 18. 9 u. die L. 3 C. de donat. 8. 54 cf. D'Avis und Schwanert l. c. Ueber die L. 40 §. 3 de cond. et. dem. 35. 1. u. die L. 25 §. 1 quando dies leg. 36. 2 siehe unten.

6) Ebenso Vangerow l. c.

Benachteiligung des Schuldners nennen kann, wenn der Gläubiger, wenn auch auf dem Umwege einer Cession, zu seinem Gelde kommen will. Nach dem Gesagten sind also die Naturalobligationen nicht cessibel[7]) — die Annahme des Gegenteils führt zu praktisch bedenklichen Resultaten, die durch eben so willkürliche Einschränkungen wieder entfernt werden müssen..

Von den von gegnerischer Seite für die Cessibilität der Naturalforderungen angeführten Quellenstellen will ich nur zwei angeblich das legatum einer Naturalobligation betreffende besprechen — einerseits weil, wenn sie in der Tat das besagen würden, was man in ihnen erblicken will, die Niessbrauchsfähigkeit von Naturalobligationen wenigstens in Folge letztwilliger Verfügungen kaum abzuweisen wäre, andererseits weil die zweite derselben uns einen Anhalt für die Behandlung eines trotzdem legirten Niessbrauchs an einer Naturalobligation geben wird.

Die L. 40 §. 3 D de cond. et. dem. 35. 1 behandelt folgenden Fall: Ein Herr schuldet seinem Sklaven 5 Aurei. Diese 5 Aurei soll der Erbe dem testamentarisch freigelassenen Sklaven bezalen. Das Vermächtniss ist somit ein debitum legatum, das anerkanntermassen nicht die Legirung einer Obligation sondern die Legirung von Leistungsgegenständen zum Zwecke der solutio einer Forderung ist[8]). Danach ist es kaum zu verstehen wie Mühlenbruch[9]) in der Stelle ein Argument für die Cessibilität der Naturalobligationen erblicken konnte. Die L. 25 §. 1 D. quando dies leg. 36. 2.

‚Heres meus Titio dato quod mihi Seius debet.‘ si Seius pupillus sine tutoris auctoritate nummos accepit nec locupletior factus est et creditor ad praesens debitum verba rettulit, quia nihil Seius debet, nullius momenti legatum erit: quod si verbo

7) Dass eine Uebertragung einer Naturalforderung durch Delegation möglich ist, ist selbstverständlich — nur ist diese Uebertragung eben keine Uebertragung, sondern eine Novation, Schwanert S. 186.

8) cf. Windscheid III. §. 658.

9) l. c. S. 254 N. 16. Schwanert S. 182. D'Avis l. c. S. 115.

debiti naturalem obligationem et futuram solutionem cogitavit, interim nihil Titius petet, quasi tacite condicio inserta sit, non secus ac si ita dixisset: ,Titio dato, quod pupillus solverit,' — — —
enthält richtig verstanden geradezu das Gegenteil von dem was Mühlenbruch (l. c.)[10]) in ihr lesen will. Ein Testator hatte gesagt „Heres meus — dato, quod mihi Seius (pupillus) debet". Das kann nun, meint der Jurist, ein doppeltes bedeuten. Entweder bezieht sich das Legat auf das „praesens debitum" dann ist es wirkungslos, denn der Naturalschuldner „nihil debet" schuldet nichts; oder der Testator trifft seine Verfügung mit Rücksicht darauf, dass die Verbindlichkeit, obwol sie eine naturale ist, dennoch erfüllt werden könne[11]), dann gilt das Legat als ein durch die Zalung bedingtes Legat der naturaliter geschuldeten Summe. Die L. 25 §. 1 cit. sagt also so deutlich als nur möglich — das Legat eines nomen naturale ist als solches unwirksam, „quia Seius nihil debet", es gilt jedoch unter Umständen als bedingtes Legat der naturaliter geschuldeten Summe.

Das Legat des Niessbrauchs einer Naturalforderung wird also — die analoge Ausdehnung ist hier wol gestattet — als bedingtes Legat des Niessbrauchs an den naturaliter geschuldeten Leistungsobjecten zu betrachten sein. Der Legatar wird mit der persönlichen Legatsklage auf Uebergabe der geleisteten Schuldobjecte zum Niessbrauch beziehungsweise Eigentum gegen die entsprechende Cautionsleistung zu klagen haben.

Ist die Naturalforderung ein Teil eines Vermögens, an dem ein ususfructus omnium bonorum bestellt wurde, so fragt es sich, ob sich der ususfructus omnium bonorum in dem angegebenen Sinne auch auf diese bezieht.[12]).

10) cf. Schwanert l. c.

11) Das entscheidende Criterium ist also das Wissen des Testators von der blos natürlichen Verbindlichkeit des legirten Schuldners.

12) Eine Naturalobligation gehört nemlich nicht schlechthin zu den bona im Sinne des Senatusconsultes. Nur in ganz be-

Ich glaube die Frage mit Rücksicht auf die L. 1 §. 17 D. ad. leg. Falc. 35. 2. bejahen zu dürfen. Hier erörtert Paulus den Fall, ob eine Naturalobligation in das Erbschaftsvermögen einzurechnen sei und beantwortet die Frage in dem Sinne: es sei die Naturalforderung „ex eventu" d. h. im Falle ihrer Bezalung in die Erbschaft einzurechnen, der gezalte Betrag komme daher auch in „restitutionem hereditatis" d. h. er müsse auch dem Fideicommissar restituirt werden. M. E. darf man in analoger Weise, den durch die Bezalung eines naturale debitum eingegangenen Betrag sicherlich in dem Sinne zu den bona rechnen, dass an ihm durch den ususfructus omnium bonorum der Niessbrauch mit bestellt sei.

§. 22.

Niessbrauch an Renten.[1])

Unter Renten versteht man, terminlich wiederkehrende Leistungen gleicher Quantitäten von Sachen gleicher Qualität, die sich nicht als Ertrāgniss einer Hauptforderung darstellen. Ein Anspruch auf Renten kann einem letzten Willen (Tit. Dig. 33. 1. de annuis legatis et fideicommissis) oder einem Geschäfte unter Lebenden seinen Ursprung verdanken. Der Rentenanspruch kann auf eine bestimmte Zeit oder für eine zeitlich unbeschränkte Dauer errichtet sein (L. 6 D. de ann. leg. et fid. 33. 1 — — fideicommissum quotannis in perpetuum rei publicae praestandum esse. — L. 22 C. de leg. 6. 37). Der Rentenanspruch kann entweder ein blos persönlicher sein oder den Charakter einer Reallast an sich tragen (Gerber, System §. 169 Anm. 5).

---

stimmten Richtungen kann man von einer Naturalforderung sagen, dass sie das Vermögen vermehre cf. Windscheid II. §. 288 Anm. 7.

1) Cf. Bürkel, Beiträge S. 69 fg. Dernburg, Lehrbuch des preussischen Privatrechts I. Bd. S. 626 fg. A. L. R. I. 21. §. 42. Code civile art. 588. Von älteren Schriftstellern Voëtius Comm. ad. Pand. VII. 1. n. 25.

Mit dem Namen Niessbrauch an einer Rente können nun verschiedene juristische Figuren bezeichnet werden, für deren Darstellung ich von dem häufigsten Falle, der letztwilligen Bestellung desselben ausgehen will.

1) Es kann der Erbe verpflichtet werden, dem Legatar während einer bestimmten Zeit die von ihm terminweise eincassirten Renten zu entrichten.

2) Der Niessbrauchslegatar kann berechtiget sein, die einzelnen Renten bei Eintritt der betreffenden Termine vom Schuldner einzucassiren, den Ertrag der eingezogenen Summen während der Dauer des Niesbrauchsrechts zu geniessen, ist aber verpflichtet nach Ablauf der Niessbrauchszeit die bezogenen Capitalien zu restituiren.

3) Der Niessbraucher kann endlich auch berechtigt sein, die einzelnen von ihm terminweise bezogenen Renten für sich zu behalten, und seine Verpflichtung beschränkt sich dann auf die Restitution des Rentenanspruchs als solchen.

Es fragt sich nun, welcher Umfang von Befugnissen dem Niessbraucher normaler Weise zuzuschreiben ist.

Die Ablehnung der ersten der entwickelten juristischen Figuren ergibt sich aus der Erwägung, dass es zum Begriffe des Niessbrauchs — wenn man diesen Begriff auch in seiner weitesten Bedeutung fasst — gehört, dass der Niessbraucher die Möglichkeit selbständiger Einwirkung auf das Niessbrauchsobject habe. Ein so beschränkter Niessbrauch ist daher nichts als ein legatum redituum. Für die Beantwortung der weiteren Frage aber ob der Niessbraucher einer Rente zur Restitution der von ihm bezogenen Capitalien finito usufructu verpflichtet sei oder nicht — ob die zweite oder die dritte der obigen Rechtsfiguren als die normale zu bezeichnen ist, sind verschiedene Fälle zu unterscheiden.

Ist an einer „ewigen“ Rente der Niessbrauch bestellt, so erschöpft sich durch die während der Niessbrauchszeit vom Niessbraucher bezogenen Renten der Rentenanspruch als solcher nicht — die Substanz derselben bleibt bildlich gesprochen unberührt. Die einzelnen Renten gebühren

als Früchte dieser Substanz vom Niessbraucher ganz ebenso wie die Zinsen einer Forderung, an der ein Niessbrauch bestellt ist. (Cf. Dernburg, Preuss. Privatrecht I. S. 626 fg.)[2]).

Anders scheint die Sache bei zeitlich beschränkten Renten zu stehen, und Bürkel (l. c. S. 69 fg.) vertritt denn auch für lebenslängliche Renten die gegenteilige Ansicht, während Dernburg die Frage bei lebenslänglichen Renten zweifelhaft findet, für Renten, die auf bestimmte Zeit beschränkt sind, aber der Ansicht ist, dass der Niessbraucher nur die Zinsen der einzelnen Renten zu ziehen berechtigt sei. Bürkel (l. c. S. 70) motivirt seine Ansicht folgendermassen: „wir haben es hier mit Forderungen zu tun, denen durch den Umstand, dass sie sich zu bestimmten Zeiten in gleicher Grösse wiederholen, der reine Forderungscharakter nicht benommen werden kann.“ — — „Der Niessbraucher hat hier gleich seinem Constituenten eine Summe einzelner Forderungen, gerade wie bei Annuitäten und anderen Fristenzalungen.“

Dass der an einer einzelnen Rente, sowie der an allen einzelnen Renten bestellte Niessbrauch ein reiner Forderungsniessbrauch ist, ist zuzugeben. Die Frage ist aber eben die, ob der Niessbrauch an einer Rente als solcher, an dem Rentenanspruch als solchem, nichts ist wie ein Niessbrauch an allen einzelnen Renten. Den richtigen Weg mag uns auch hier ein analoger Fall aus der Lehre vom Sachenniessbrauch führen. — Gesetzt ein Legatar hat das Niessbrauchsrecht an einer Sache eingeräumt erhalten, deren Eigentum dem Erblasser beziehungsweise dem Erben nur bis zu einem bestimmten Zeitpunkt zusteht. Wie die ad diem bestellte Rente durch die bis zu diesem Termin fälligen einzelnen Renten sich erschöpft, so

2) Derselben Ansicht ist offenbar auch Bürkel, Beiträge S. 69 fg.) obwol er die Frage nicht ex professo bespricht. Die im Texte entwickelte Ansicht rechtfertigt sich durch die Analogie mit dem Sachenniessbrauch, die sich auch hier wie in der ganzen Lehre vom Niessbrauch an Rechten ebenso zulässig als fruchtbar erweist.

erschöpft sich wirtschaftlich der Wert des Eigentums an dem Grundstück für den Erben durch die einzelnen bis zu dem Endtermine bezogenen Erträgnisse. Tritt der Endtermin durante usufructu ein, so wird in dem einen wie in dem anderen Falle dem Erben nichts restituirt. Und doch gehört ohne jeden Zweifel trotzdem dem Legatar der ganze Ertrag des Grundstücks bis zum Eintritt des das Recht des Erben endigenden Termins. In ganz ähnlicher Weise sind m. E. dem Niessbraucher einer zeitlich beschränkten Rente alle einzelnen Rentenbeträge bis zum Eintritt des die Rente endigenden Ereignisses zuzusprechen[2a]).

Man wird vielleicht die Zulässigkeit der analogen Behandlung des Niessbrauchs an ewigen wie zeitlich beschränkten Renten mit dem Niessbrauch an Sachen damit bestreiten, dass man sagt, es gebe ein Recht an der Rente als solcher nicht, sondern nur Rechte auf die einzelnen Rentenbeträge. Das gelte insbesondere für diejenigen annuae praestationes, die das heutige gemeine Recht aus dem römischen Rechte übernommen, vornehmlich also von den annua legata. Ich will die Richtigkeit dieses Satzes für das römische Recht (cf. Demelius, Untersuchungen I. S. 200 fg.) zugeben — obwol ich meinerseits der gegenteiligen insbesondere von Gerber (Jahrb. für Dogmatik II. Bd. S. 48) trefflich vertretenen Ansicht bin, bestreite aber dessen Anwendbarkeit für das heutige Recht[3]).

Das römische Recht kennt keine Klage aus dem Rentenvermächtnisse — und das gilt natürlich von allen annuae praestationes — als solchem, und soferne man für das römische Recht die Actio mit dem demselben zu Grunde liegenden Rechte identificirt, mag man immerhin auch annehmen, es kenne kein Recht aus dem Rentenvermächtniss. Für das heutige Recht, ist die Actio — der gerichtliche Schutz —

2a) Vgl. auch Voëtius, Comm. ad. Pand. VII. 1. n. 25.

3) Vgl. ein gut motivirtes Erkenntniss des Berliner Obertribunals Striethorst, Archiv 49. Bd. S. 270 fg., das den Niessbrauch an einer Rente einem Sachenniessbrauch vollständig gleich behandelt.

nicht mehr Voraussetzung der selbständigen juristischen Existenz des der Klage zu Grunde liegenden materiellen Rechts. Der gerichtliche Schutz ist die Folge des rechtlich Anerkanntseins, nicht umgekehrt. Darum kann der Rentenlegatar zwar nicht Condemnation des Rentenpflichtigen auf mehr verlangen als die fälligen Rentenbeträge, wol aber die präjudicielle Feststellung seines Rechts als ganzen erbitten. Darum verjährt sein Recht auf die Rente überhaupt, wenn er in der Verjährungszeit die einzelnen Rentenbeträge nicht einklagte, soferne in der Nichtleistung seitens des Pflichtigen eine Bestreitung des Rentenrechts überhaupt lag [4]).

Das Rentenrecht ist immer eine Forderung und zwar auch dann, wenn der Rentenpflichtige durch den Besitz eines Grundstücks bestimmt wird, die Rente also eine Reallast ist. Für den Niessbrauch an solchen Renten (z. B. an Zehenten) gelten daher in jeder Richtung die hier entwickelten Grundsätze. [5])

Der Niessbrauch an einer Rente ist nach dem Gesagten ein durch die spezifische Natur der Rente modificirter ususfructus nominis. Ist ein Niessbrauch an einer Rente in der Weise constituirt, dass der Niessbraucher zur Restitution der bezogenen Capitalien verpflichtet ist, so unterscheidet sich derselbe durch nichts von dem gewöhnlichen ususfructus nominis. Ueber die Restitutionspflicht des Rentenniessbrauchers ist für diesen Fall nichts besonderes zu erwäh-

---

4) Für die im Texte vertretene Ansicht cf. aus der zalreichen Literatur nur Savigny, System V. S. 312. Holzschuher, Theorie und Casuistik 2. Aufl. (Schirmer) I. Bd. S. 180. Seuffert, Archiv IX. 117. Gegen die Möglichkeit der Verjährung des Hauptrechts. Demelius, Untersuchungen I. S. 200 fg. Unger, Erbrecht §. 74 Anm. 8. Eine Bestreitung des Hauptrechts verlangen nicht Gerber, Jahrb. für Dogm. II. Bd. S. 48. Dernburg, Preuss. Privatrecht I. S. 391 Text u. Anm. 11. Seuffert, Archiv I. 156. Die letztere Ansicht ist recipirt im A. L. R. I. 9. §. 509 und im a. b. G. b. §. 1480. Die einschlägigen Quellenstellen vgl. bei Windscheid I. §. 107 Anm. 8.

5) Irrig daher Bürkel, Beiträge S. 70.

nen. Die Restitutionspflicht des Niessbrauchers beim Normalfalle des Rentenniessbrauchs besteht in der Verpflichtung des Niessbrauchers das Rentenrecht als solches mit der oben (S. 109) geschilderten Wirkung an den Renteneigentümer zurückzuübertragen.

Jede durante usufructu fällige Rente gehört, auch wenn dieselbe sofort nach Eintritt des Niessbrauchs fällig wurde oder unmittelbar nach der Fälligkeit einer anticipativ auszuzalenden Rente der Niessbrauch sein Ende erreichte, ganz dem Niessbraucher. Umgekehrt gebührt die nach Beendigung des Niessbrauchs fällige Rente ganz den Eigentümer, auch wenn die Fälligkeit einer nachhinein zu zalenden Rente unmittelbar nach Beendigung des Niessbrauchs eintrat. (Cf. oben S. 118 fg.).

Eine Vorausempfangnahme noch nicht fälliger Renten ist unstatthaft. Der Rentenschuldner wird durch die Vorausbezalung nur für jene Renten liberirt, die durante usufructu fällig wurden. Der Renteneigenthümer hat überdiess solchenfalls ex cautione ein Recht auf Schadloshaltung gegen den Rentenniessbraucher, da dessen Handlungsweise nicht der eines „bonus vir“ entsprechend war. Umsoweniger darf der Rentenniessbraucher einen Ablösungsvertrag mit dem Rentenpflichtigen schliessen, wie auch umgekehrt ein solcher Vertrag zwischen Renteneigentümer und Rentenpflichtigen den Rechten des Rentenniessbrauchers nicht präjudiciren würde.

Die Caution des Rentenniessbrauchers ist die eines Forderungsniessbrauchers mit den den eben entwickelten Sätzen angepassten Modificationen, und finden auch im übrigen die beim gewöhnlichen Forderungsniessbrauch geltenden Bestimmungen hier analoge Anwendung.

§. 23.

V. Niessbrauch an Forderungen gegen Bürgen und am Pfandrecht[1]).

Da der ususfructus nominis seiner externen Seite nach als eine Cession zu charakterisiren ist, so gehen mit der

1) cf. Bürkel, Beiträge S. 71—73.

Forderung selbst in demselben Umfang auch die accessorischen Rechte des Dominus der Forderung auf den Niessbraucher über. Das Mandatum ad agendum, zu dessen Erteilung der Niessbrauchsbesteller resp. der durch ein Forderungsniessbrauchslegat Onerirte verpflichtet ist, erstreckt sich auch auf die Nebenrechte. Im Falle der Verweigerung der Cession müssten die Klagen aus den Nebenrechten utiliter gegeben werden. Forderungen gegen Bürgen wie Pfandrechte gehen, sowie die Hauptforderung selbst ususfructus causa cedirt wurde, ususfructus causa auf den Forderungsniessbraucher über. Der Uebergang dieser Nebenrechte erfolgt nur deshalb, um die Hauptforderung zu realisiren und an den realisirten Objecten der letzteren Niessbrauch oder Eigentum für den Forderungsniessbraucher entstehen zu lassen. Nur in dem erwähnten Sinn darf man von einem Niessbrauch an Forderungen gegen Bürgen und am Pfandrechte sprechen.

Realisirt somit der Forderungsniessbraucher ein der Niessbrauchsforderung zustehendes Pfandrecht, so erwirbt er an dem Kaufpreise, bezw. falls das Pfandobject eine Geldforderung ist, an dem exigirten Forderungsbetrage, nur insoweit einen Quasiususfructus, als durch denselben die Niessbrauchsforderung gedeckt wird[2]). Hat dagegen das Pfandobject eine Forderung, die nicht auf Geld geht, so erwirbt er durch deren Eintreibung an den Objecten derselben nicht etwa, wie Bürkel l. c. S. 71 meint, Niessbrauch oder Quasiniessbrauch, sondern nach L. 18 pr. D. de p. a. 13. 7 und L. 13 §. 2 D. de pign. 20. 1 (cf. oben S. 59) Pfandrecht. Erst an dem durch Realisirung dieses Pfandrechts gewonnenen Kaufpreise erwirbt der Forderungsniessbraucher in der der Hauptforderung entsprechenden Höhe einen Quasiniessbrauch.

Bürkel l. c. erklärt einen Niessbrauch am Pfandrechte als solchem, abgesehen von der pfandversicherten Forderung, für zulässig.

---

2) Unrichtig deshalb Bürkel l. c. S. 71.

Das ist sicherlich unrichtig. Der Pfandgläubiger erhält durch die Verpfändung keine freie schrankenlose Dispositionsgewalt über das Pfandobject (Dernburg, Pfandrecht I. S. 476), sondern er darf über dasselbe nur in dem Masse verfügen, als diess zum Zwecke der Tilgung der versicherten Schuld nötig ist [3].

Zum Zwecke der Tilgung der pfandversicherten Schuld aber dient es keineswegs, dass der Pfandgläubiger an dem Pfandobjecte — oder wie man juristisch ungenau mit Bürkel sagen mag — am Pfandrechte einen Niessbrauch bestellt. So finden wir denn auch in den Quellen nicht eine Spur eines solchen „Niessbrauchs am Pfandrecht".

§. 24.

VI. Niessbrauch an Ordre- und Inhaberpapieren [1].

Die in den §§. 13—22 dieser Abhandlung versuchte Darstellung des ususfructus nominis war auf den Niessbrauch an Forderungen beschränkt, für deren Uebertragung das gemeine Recht der Cession gilt. Die Entwicklung der Modificationen, die die Theorie des ususfructus nominis bei Forderungen aus Ordre- und Inhaberpapieren zu erfahren hat, soll Aufgabe der folgenden Ausführungen sein.

Das gemeinsame der Recta-, Ordre- und Inhaberpapiere besteht darin, dass in ihnen eine Leistung gegen Rückgabe der Urkunde versprochen wird, die Urkunde dadurch über die Bedeutung eines blossen Beweismittels hinausgehoben und die Forderung der Urkunde in gewissem Sinne incorporirt wird [2] [3].

---

3) Von diesem Princip machen die Quellen für das Afterpfandrecht aber auch nur für dieses eine Ausnahme.

1) Eine zusammenhängende Darstellung dieses Verhältnisses findet sich m. W. in der Literatur nicht.

2) WO. Art. 39. HG. 418—652—689 etc.

3) Eine grosse Zal von Schriftstellern, neuestens z. B. Siegel, Versprechen als Verpflichtungsgrund (S. 108) nehmen als weiteres Merkmal hinzu, dass in diesen Papieren eine Schuld „ohne Angabe

Die in einem Rectapapier verkörperte Forderung kann nur durch Cession übertragen werden, wogegen die Ordrepapiere auch durch Indossament — eine Form, die durch ihre leichte Erfüllbarkeit wie durch specifische materiell rechtliche Wirkungen ausgezeichnet ist — übertragbar sind. Neben der im Ordrepapier genannten Person ist die Leistung von vornherein jedem ordnungsmässigen Indossatar versprochen. Gläubiger der Forderung aus einem Inhaberpapier ist jeder Inhaber des Papiers, die blosse Uebergabe der Urkunde überträgt daher die Forderung.

Da die Forderung aus einem Recta-, Ordre- oder Inhaberpapier nur gegen Rückgabe der Urkunde geltend gemacht werden kann, so ist der Niessbraucher eines solchen Papiers als Cessionar jedenfalls berechtigt, Uebergabe der Urkunde seitens des Proprietars zu fordern.

Der Niessbrauch an Rectapieren unterscheidet sich nur hiedurch von dem sonstigen Niessbrauch an Forderungen — der wie jede Cession nach gemeinem Rechte[4]) die

des Grundes" versprochen wird, dass sie Scripturobligationen enthalten. Hiegegen wendet Brunner, Zeitschrift für Handelsrecht 22. Bd. S. 69 Anm. 1 mit Recht ein, dass man dann ein Rectaconnossement kein Rectapapier nennen könnte, obwol diese Bezeichnung durch den Gegensatz zum Ordreconnossement geboten ist. Auch kennt bekanntlich der Hamburger Handelsverkehr Inhaberpapiere, die eine Leistung gegen Gegenleistung versprechen, und sind Lebensversicherungspolicen eine allerdings besonderen Grundsätzen unterstehende Art von Inhaberpapieren. — Brunner l. c. findet das gemeinsame Merkmal dieser 3 Gattungen von Papieren darin, dass sie Präsentationspapiere sind, bei denen die Leistungspflicht des Schuldners durch die Präsentation des Papiers seitens des Gläubigers bedingt ist. Ich verkenne die Wichtigkeit dieses Gesichtspunktes für die Theorie der Ordre- und Inhaberpapiere durchaus nicht, glaube jedoch, dass aus einer allgemeinen Definition der erwähnten 3 Arten von Urkunden das Merkmal der Präsentationspflicht besser wegbleibt, da bei Ordre- und Rectapapieren die Präsentationspflicht erlassen sein kann (Entscheidungen des R.O.HG. VIII. S. 164 fg.).

4) Anders z. B. nach österreichischem Rechte arg. §. 1428 a. b. G. b.

Uebergabe des die Forderung beurkundenden Papiers nicht zur Voraussetzung seiner Wirksamkeit hat — und bedarf deshalb keiner weiteren Besprechung.

Für den Niessbrauch an Ordrepapieren fragt es sich aber weiter, ob der Usufructuar Indossirung des Papiers auf sich, beziehungsweise Uebergabe eines in bianco indossirten Papiers verlangen darf oder nicht.

Für die Bejahung dieser Frage liesse sich etwa anführen, dass Ordrepapiere regelmässig negociable Papiere sind und die Uebertragung durch Cession ihrem Wesen widersprechend ist. Dem ist jedoch entgegenzusetzen, dass mit der Indossirung des Papiers auf den Niessbraucher derselbe die Befugniss erwerben würde, das Papier weiter zu begeben, eine Erweiterung der Rechte des Niessbrauchers, zu der uns jeder gesetzliche Anhaltspunkt fehlt. Ueberdiess wäre bei Wechseln der Niessbrauchslegatar in der Lage, den Erben (ich gehe wieder von dem regelmässigen Falle letztwilliger Bestellung des Niessbrauchs aus) einer Regresspflicht gegenüber den Nachindossataren auszusetzen, eine Consequenz, die dem Verhältniss zwischen Erben und Legatar schlecht entspräche.

Die Befugnisse des Niessbrauchers eines Ordrepapiers sind somit keine weiteren, als die eines gewöhnlichen Forderungsniessbrauchers.

Eingehenderer Besprechung bedarf der Niessbrauch an Inhaberpapieren.

Das allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch hat den ganzen Verkehr mit Inhaberpapieren seinen Bestimmungen unterordnet [5]). In richtiger Würdigung der Anschauungen des Lebens hat dieses Gesetzbuch die Verkehrsbewegung des Inhaberpapiers nach sachenrechtlichen Grundsätzen geregelt. Das Inhaberpapier wird wie eine Sache tradirt — vindicirt — ersessen [6]), an ihm wie an einer Sache dingliche

---

5) cf. Anschütz und Völderndorff III. Bd. S. 162 Anm. 5.

6) Kuntze, Lehre von den Inhaberpapieren S. 689 fg. cf. auch Siegel, Versprechen als Verpflichtungsgrund S. 111 Anm. 4.

Rechte erworben. Den Schuldner lässt die Circulation des Papiers unberührt. Ihm gegenüber ist Gläubiger, wer ihm das fällige Papier zur Zalung präsentirt.

Der dinglich Berechtigte ist dann Gläubiger, wenn er zur Zeit der Fälligkeit des Papiers Inhaber desselben ist und zwar ist sein dingliches Recht für ihn nichts anderes als — ich weiss keinen besseren Ausdruck — der Titel zur Innehabung des Papiers. Ein dinglich Berechtigter braucht aber nicht notwendig zur Eincassirung des Papiers berechtigt zu sein. Gesetzt z. B. der Eigentümer eines Inhaberpapiers verpfändet dasselbe und erlangt aber nachher wieder die Detention des Papiers und löst dasselbe ein. Kein Zweifel, dass seine Handlungsweise, obwol er Eigentümer des Papiers war, eine materiell unberechtigte war.

Nach dem Gesagten ist für das Pfandrecht und den Niessbrauch an Inhaberpapieren das Verhältniss zum Eigentümer und zu jedem Dritten und das Verhältniss zum Schuldner zu unterscheiden. In Rücksicht des Verhältnisses zum Eigentümer und zu jedem Dritten wird das Pfandrecht und der Niessbrauch an Inhaberpapieren nach den Regeln des Sachenpfandrechts, des Sachenniessbrauchs beurteilt. Das Verhältniss zum Schuldner kann sich nicht nach den Regeln des Sachenpfandrechts, des Sachenniessbrauchs richten, sondern die Frage, ob der Niessbraucher, der Pfandgläubiger dem Schuldner gegenüber materiell berechtigt ist, das Papier einzuheben — formell ist ja jeder Papierinhaber legitimirt — kann, weil uns, wie gesagt, für diese Frage die Regeln des Sachenpfandrechts, des Sachenniessbrauchs keinen Aufschluss geben können, nur nach den Regeln des Forderungspfandrechts, des Forderungsniessbrauchs entschieden werden.

Ueber das Verhältniss zwischen formeller und materieller Berechtigung aus dem Inhaberpapier sei mir noch eine allgemeine Bemerkung gestattet. Man sagt in der Regel ganz allgemein, der Schuldner werde durch die Zalung an den Inhaber frei. Dieser Satz bedarf jedoch mit Rücksicht auf das unentbehrliche Verkehrsprincip der Bona

fides einer Einschränkung. Gesetzt nemlich, der Schuldner weiss durch die Mitteilung des Inhabers des Papiers oder aus irgend einem anderen Grunde, der Präsentant sei z. B. nur Depositar und nicht Eigentümer des Papiers, dann darf er dem Präsentanten nicht zalen, und wird durch die Zalung nicht liberirt — vorausgesetzt, dass ihm nachgewiesen werden kann, er habe wider besseres Wissen einem nicht Berechtigten gezalt. Die Frage, ob der Pfandgläubiger, der Niessbraucher eines Inhaberpapiers, zur Eincassirung desselben materiell berechtigt ist, kann daher auch so gestellt werden: ist der Schuldner, wenn der Präsentant ihm sagt, ich bin Pfandgläubiger, Niessbraucher des Papiers, oder, wenn er diess weiss, berechtigt, dem Präsentanten zu zalen, wird er durch eine solche Zalung frei.

Diese Frage ist, wie bereits hervorgehoben, nach den Regeln des Forderungspfandrechts, des Forderungsniessbrauchs, zu beantworten. Der Pfandgläubiger eines Inhaberpapiers hat das Recht, das fällige Inhaberpapier einzucassiren und sich vom Erlöse zu befriedigen — nicht nach Analogie mit dem pignus nominis, nicht weil man die Realisirung des Papiers als eine Distraction an den Emittenten auffassen kann [7] —, sondern weil er im Verhältniss zum Schuldner Forderungspfandgläubiger ist.

Wenden wir ebenso die Grundsätze des Forderungsniessbrauchs auf den Niessbrauch an Inhaberpapieren an, so hat der Niessbraucher 1) das Recht auf den Zinsengenuss, 2) das Recht, das fällige Papier einzucassiren.

Alle anderen beim Niessbrauch an Inhaberpapieren aufwerfbaren Fragen sind, da sie das Verhältniss des Niessbrauchers zum Schuldner unberührt lassen, nach den Grundsätzen über den Sachenniessbrauch zu beurteilen. So insbesondere die wichtige Frage, ob der Niessbraucher berechtigt ist, das Inhaberpapier weiter zu begeben. — Zu ihrer Beantwortung muss vorerst klar gestellt werden, ob es Inhaberpapiere gibt, auf die die Kategorie der „Ver-

7) wie Kuntze l. c. S. 692 fg. meint.

brauchbarkeit" analog anzuwenden möglich ist. „Verbrauchbare" Inhaberpapiere sind nun nur jene, die eine dem Gelde vollkommen ähnliche Function im Verkehrsleben haben. Das sind aber nur die Banknoten, soferne dieselben, und das ist für Banknoten, deren reine Natur weder durch den Zwangscurs noch durch Einlösungsbeschränkungen getrübt ist, kaum bestreitbar, Inhaberpapiere sind.

An Banknoten ist demnach im Zweifel Quasiususfructus als bestellt anzunehmen. Alle anderen Arten von Inhaberpapieren sind dagegen unverbrauchbar. Der an ihnen bestellte Niessbrauch ist ein verus ususfructus und darum darf sie der Niessbraucher auch nicht begeben. Von diesem strengen Princip ist jedoch eine Abweichung aus Verkehrsrücksichten zuzugestehen. Die Einlösung gewisser Arten von Inhaberpapieren geschieht sehr häufig nicht durch Präsentation an den Schuldner, sondern durch Veräusserung derselben an eine dritte Person — vornehmlich an einen Wechsler —, der gegen eine geringe Provision das Einlösungsgeschäft übernimmt. Der Wechsler kauft eine grosse Zal von solchen Papieren, löst dieselben zum Einlösungscourse ein und erspart jedem einzelnen Verkäufer die oft umständliche und kostspielige Einlösungsmanipulation. In der erwähnten Weise werden z. B. die weitaus grösste Zal von Coupons von Staatspapieren und Actien, aber auch gezogene Loose, eingezogene Staatspapiere, Actien etc. durch Wechsler dem Schuldner zur Einlösung präsentirt. Diese Begebung ist nichts anderes als ein bequemer, empfelenswerter Einlösungsmodus und für fällige, einlösbare Inhaberpapiere ist derselbe m. E. dem Niessbraucher zu gestatten, soferne er ein verkehrsüblicher ist. Die unbedeutende an den Wechsler zu zalende Provision darf als eine vor dem arbitrium boni viri zu rechtfertigende Auslage betrachtet werden.

Nach den Grundsätzen über den Sachenniessbrauch hat der Niessbraucher auch zu caviren und richtet sich seine Restitutionspflicht finito usufructu. Der Niessbraucher ist zur Restitution der in usumfructum gegebenen Pa-

piere — ausgenommen den Fall des Niessbrauchs an Banknoten — in specie verpflichtet, falls dieselben nicht durante usufructu fällig und eingelöst wurden. Im letzteren Falle ist die Einlösungssumme zu restituiren. Weil der Niessbraucher zur Restitution in specie verpflichtet ist, darf der Proprietar eine Vinculirung der einzelnen Papiere in der Weise vornehmen, dass die Weiterbegebung des Papiers nicht aber die eventuelle Einlösung desselben durch den Niessbraucher unmöglich gemacht wird. Hat der Proprietar diese Vinculirung vorgenommen, dann darf sich der Niessbraucher die Mühe nicht verdriessen lassen, unter allen Umständen dem Schuldner selbst das Papier zur Einlösung zu präsentiren. — Im folgenden sollen noch einige Arten von Inhaberpapieren mit Beziehung auf unser Verhältniss in Kürze besprochen werden.

Niessbrauch an Loosen. Ein Loos gewährt ein von einer Bedingung — der alea — abhängiges Forderungsrecht [8]).

Es gibt Loose, bei denen es unsicher ist, ob überhaupt aus dem Loose irgend etwas zu fordern sein wird — bei anderen ist es sicher, dass sie gezogen werden müssen, unsicher ist die Höhe des eventuellen Gewinns.

Der Niessbrauch an einem Loose ist im Verhältniss zum Schuldner — regelmässig also dem Emittenten — ein Niessbrauch an einer Forderung. Daher ist der Niessbraucher sowol zur Erhebung etwaiger Zinsen und im Falle des Fälligwerdens der Forderung durch Ziehung zur Erhebung des Gewinns berechtigt. Finito usufructu hat der Niessbraucher das Loos selbst, in specie, im Falle das Loos gezogen wurde, den Gewinnbetrag, fiel auf das Loos eine Niete, nichts zu restituiren.

Die Entscheidung, dass der Niessbraucher zur Gewinnbehebung materiell berechtigt ist, gilt selbstverständlich nur für jene Fälle, in denen nicht aus den Verhältnissen

8) Kuntze l. c. S. 493.

des concreten Falls sich die gegenteilige Willensmeinung des Niessbrauchsconstituenten ergibt. Der Niessbraucher eines Looses wird z. B. dann zur Gewinnerhebung nicht berechtigt sein, wenn ihm testamentarisch der Fruchtgenuss von 1000 fl. legirt wurde, der Erblasser aber bestimmt hat, dass dem Legatar diese und jene Loose bis zur Höhe von 1000 fl. zu übergeben sind. Noch vielmehr gilt das in dem Falle, wenn erst der Erbe und der Legatar übereingekommen sind, den Niessbrauch von 1000 fl. durch Niessbrauchsbestellung an Loosen zu realisiren.

Niessbrauch an Actien au porteur[9]). Eine Actie gewährt einmal das Recht, auf den Bezug des alljährlich statutenmässig festgestellten Reingewinns, der sogenannten Dividenden, die demnach als „Früchte" der Actie anzusehen sind, ferner das Recht auf den nach Auflösung der Gesellschaft auf die Actie entfallenden Betrag, und endlich während der Dauer der Actiengesellschaft das Recht einer gewissen Teilnahme an der Verwaltung der Gesellschaft insbesondere regelmässig das Recht der Theilname an der Generalversammlung. Die Actie gewährt somit eine nach Auflösung der Gesellschaft fällige Forderung, die während der Dauer der Gesellschaft Anspruch auf die Dividenden und regelmässig auf die Theilname an der Generalversammlung gibt.

Der Niessbrauch an einer Actie ist demnach im Verhältniss zum Schuldner, zur Gesellschaft ein ususfructus nominis. Der Niessbraucher hat einmal das Recht auf den Bezug der Dividenden, dann aber nach geschehener Liquidirung auf Einhebung des auf die Actie entfallenden Betrages, an welchem der Niessbraucher einen Quasiususfructus erwirbt. Die Dividende, die für das bei Beginn des Niessbrauchs laufende Geschäftsjahr entfällt, gehört ganz dem Niessbraucher. Die Dividende, die für das bei Beendigung des Niessbrauchs laufende Geschäftsjahr zu entfallen hat, gehört

9) Das hier gesagte gilt auch von dem Niessbrauch an Actien, die auf Namen lauten und durch Indossament übertragen werden (Art. 182 — Art. 223 H.G.) cf. Dernburg l. c. S. 625 fg.

ganz dem Proprietar. Dieses Resultat ergibt sich nach Analogie der oben (S. 118 fg.) für den Zinsenbezug des Forderungsniessbrauchers entwickelten Sätze (Anderer Ansicht ist Dernburg l. c.). Gleichgiltig dagegen ist es, ob die Dividende durante usufructu festgestellt wurde und zur Auszalung gelangt (Richtig Dernburg l. c.).

Im Verhältniss zum Proprietar und zu Dritten ist der Niessbrauch an einer Actie Sachenniessbrauch, daher hat der Niessbraucher das Recht der Detention der Actie, die er finito usufructu, falls die Actiengesellschaft nicht aufgehört, und der Niessbraucher den bezüglichen Betrag nicht eingehoben hat, in specie zu restituiren hat. Als Detentor der Actie ist der Niessbraucher formell an der Generalversammlung teilzunehmen in der Lage. Materiell ist ihm das Recht zur Teilnahme an der Generalversammlung nicht zuzusprechen. Ist daher der Gesellschaft bekannt, der Präsentant der Actie zum Behufe der Erlangung der Teilnehmerkarte an der Generalversammlung sei blosser Usufructuar, oder bekennt sich derselbe als Niessbraucher, dann hat ihm die Gesellschaft die Teilnahme an der Generalversammlung zu versagen [10]). Der Proprietar ist berechtigt, vom Niessbraucher Deposition der Actien für jede Generalversammlung auf seinen Namen zu verlangen, hat dagegen auch dafür zu sorgen, dass nach der Generalversammlung die Actien wieder dem Niessbraucher zugestellt werden. Nötigenfalls ist hier durch Cautionsstellung seitens des Proprietars zu helfen.

Der Grund für die Ausschliessung des Niessbrauchers von der Generalversammlung (ebenso Dernburg l. c.) ist aber folgender: dem Niessbraucher steht eine Ingerenz auf das Niessbrauchsobject nur insoweit zu, dem Niessbraucher sind nur so viel Rechte einzuräumen als zur Effectuirung des uti frui

---

10) Lehnt man diese Consequenz aus der materiellen Nichtberechtigung des Präsentanten ab, dann hat die Gesellschaft auch das Recht und die Pflicht, den notorischen Dieb der Actie in der Generalversammlung mitstimmen zu lassen.

nötig ist. Zur Effectuirung der Nutzungsansprüche des Niessbrauchers einer Actie ist aber die Teilnahme an der Generalversammlung nicht notwendig, da die Höhe der Dividende und sonstige den Niessbraucher interessirende Beschlüsse der Generalversammlung sich der ausreichendsten Publicität erfreuen.

Eine weitere von Dernburg l. c. aufgeworfene Frage ist die, wie es mit Nachzalungen auf nur teilweise eingezalte Actien zu halten ist [10a]). Dass solche Nachzalungen nicht unter den Gesichtspunkt von auf dem Niessbrauchsobjecte ruhenden Lasten oder von mässigen Reparaturen der Sache fallen, zu deren ersatzlosen Verwendung der Niessbraucher gemeinrechtlich verpflichtet ist, ist klar.

Ebensowenig wird der Eigentümer für die unterlassene Nachzalung dem Niessbraucher verantwortlich, da die Analogie einer Hauptreparatur beim Sachenniessbrauch [11]) mir doch eine zu entfernte zu sein scheint, um die Anwendung der für dieselbe geltenden Bestimmungen auf unseren Fall zu rechtfertigen.

Der Niessbraucher kann also jedenfalls finito usufructu Ersatz der geleisteten Zalungen fordern, soferne er über Auftrag des Proprietars, oder als dessen auftragsloser Geschäftsführer die Nachzalung geleistet hat, im letzteren Falle jedoch nur unter der Voraussetzung, dass der Proprietar dem Niessbraucher die Nachzalung nicht untersagt. Geschah das letztere, dann leistet der Niessbraucher die Nachzalung aus eigenem und kann deren Ersatz nicht verlangen.

Andererseits kann der Niessbraucher zu Nachzalungen unter Vorbehalt späteren Ersatzes nicht verpflichtet werden. Will der Eigentümer sein Recht dann nicht verlieren, so muss er die Nachzalung selbst leisten, Ersatz für diesen allerdings auch dem Niessbraucher zu gute kommenden Aufwand kann er von demselben nicht verlangen, da er nicht

10a) Die folgende Untersuchung geht selbstverständlich von der Voraussetzung aus, dass der concrete Entstehungsgrund des Niessbrauchsverhältnisses für die Beantwortung dieser Frage keinen Anhalt gewährt.

11) Vgl. L. 7 §. 2 D. de usufr. 7 1, L. 7 C. de usufr. 3. 33.

ein negotium alienum besorgt, nicht eine Zalung geleistet hat, zu der der Niessbraucher verpflichtet gewesen wäre.

§. 25.

VII. Niessbrauch an Urheberrechten [1]).

Die Gesetzgebungen der Neuzeit schützen in immer fortschreitender Weise auf den verschiedensten Gebieten die schöpferische geistige Production. Für den Niessbrauch an diesen modernen Bannrechten gibt es m. W. keine ausdrücklichen gesetzlichen Bestimmungen. Auf dem Boden des gemeinen Rechts erhalten wir die gesetzliche Legitimation zu der Behandlung des Niessbrauchs an Urheberrechten durch die allgemeine Bestimmung der L. 1 D. de usufructu earum rerum 7. 5.

Der Niessbrauch an Urheberrechten ist wie das Pfandrecht an denselben kein dingliches Recht (cf. oben S. 54 fg.) vielmehr eine Rechtsfigur sui generis, ein Recht dem Urheberrechte selbst „gleich in der Art, ungleich in der Unterart" (Bekker, Krit. VJSchr. XV. Bd. S. 541). Wenn man trotzdem das Urheberrecht als Gegenstand des Niessbrauchs unbedenklich bezeichnet, so geschieht diess einmal der Kürze halber, um den umständlicheren Ausdruck, „der von einem aus einem Urheberrecht Berechtigten bestellte Niessbrauch" zu vermeiden, dann aber, weil soweit die Natur der Urheberrechte diess nicht hindert, für den Niessbrauch an denselben die Grundsätze vom Sachenniessbrauch zur Anwendung kommen.

Die Zuwendung des ökonomischen Ertrages des Urheberrechtes an einen Anderen als den Eigentümer [2]) desselben, ist nun in verschiedenen Formen möglich.

---

1) Den Niessbrauch am Autorrechte besprechen Bürkel, Beiträge S. 73 fg. — Dernburg, Preuss. Privatrecht I. S. 628 — cf. die treffliche kurze Darstellung der Urheberrechte nach deutschem Reichsrecht bei Dernburg l. c. II. S. 719 fg.

2) Man gestatte mir auch hier diesen kurzen und bei richtiger Auffassung ungefährlichen Ausdruck. — Im folgenden werde ich auch hier wieder von dem Normalfalle letztwilliger Bestellung des Niessbrauchs an Urheberrechten ausgehen.

Es kann I) dem Niessbraucher bloss das Recht eingeräumt sein, die Erträgnisse des Urheberrechtes von dem Erben zu beziehen, diesem aber die Verwertungsbefugniss des Urheberrechtes überlassen sein. Im Zweifel ist dem Niessbraucher eines Urheberrechtes nur diese beschränktere Befugniss zuzusprechen. Die Art und Weise der Verwertung eines Urheberrechtes ist eine so arbiträre, kann in so verschiedener Weise statt haben — wobei neben dem rein vermögensrechtlichen Interesse häufig auch ideale Interessen concurriren — dass man, obwol dem Niessbraucher sonst principiell eine Ingerenz auf das Niessbrauchsobject zusteht, hier von diesem Grundsatze abzuweichen wol berechtigt ist. Der Niessbrauch an Urheberrechten ist demnach im Zweifel nur ein Niessbrauch an den durch die dem Erben überlassene Verwertung des betreffenden Rechts erlangten Geldsummen, die der Niessbraucher vom Erben zu fordern berechtigt ist. Weigert sich der Erbe, eine zweckmässige Verwertung des Urheberrechtes zu veranlassen, so steht dem Niessbraucher — ähnlich etwa wie im Falle der L. 1 D. de usu cf. usufr. 33. 2 (cf. Bürkel l. c. S. 74) — eine Actio incerti auf das Interesse zu. Ich brauche kaum hervorzuheben, dass nach der Natur dieses Verhältnisses dem Richter die freieste Würdigung der Sachlage für die Taxirung dieses Interesse anheimgestellt sein muss.

Urheberrechte können unter Umständen eine Verwertung finden, die einen im grossen ganzen gleichbleibenden jährlichen Ertrag liefert. Ich erinnere an die von dramatischen Autoren und Componisten bezogenen Aufführungstantièmen, die Tantièmen, die Patentinhaber nach der Zal der von einem Fabrikanten nach diesem Patent construirten Maschinen beziehen. Solche Erträgnisse erscheinen dann als Früchte des geistigen Eigentums. Ist diese Art von Verwertung durch den Niessbrauchsconstituenten einmal begonnen worden, oder ist sie die bei einer einzelnen Art von Urheberrechten übliche, dann wird der Wille des Niessbrauchsconstituenten wol dahin auszulegen sein, dass der Niessbraucher diese Erträgnisse — ganz ähnlich wie

beim Niessbrauch an einer Rente — definitiv behalten dürfe. Da dem Erben, wie gesagt, die Verwertungsbefugniss des Urheberrechts zuzuschreiben ist, der Niessbraucher somit auf — periodisch geltendzumachende — Ansprüche gegen den Erben beschränkt ist, so ist der Niessbrauch in den beiden eben besprochenen Fällen ein legatum redituum.

II) Der Niessbraucher kann berechtigt sein, das Urheberrecht selbst zu verwerten, und zwar entweder in seinem eigenen Geschäft — z. B. als Verlagsbuchhändler oder Fabrikant — oder durch entgeltliche Ueberlassung der Benutzung des betreffenden Urheberrechtes an Dritte. Eine solche Erweiterung der Befugnisse des Niessbrauchers hat, wie gesagt, im Zweifel nicht statt; sie muss ausdrücklich eingeräumt oder aus den Umständen des Falls als seitens des Niessbrauchsbestellers gewollt, sich ergeben. Ist dem Niessbraucher die Befugniss zugestanden, das betreffende Urheberrecht in seinem Geschäfte zu verwerten, so steht ihm eine Actio incerti gegen den Erben auf Abschluss eines die erblasserischen Intentionen und die Interessen beider Teile befriedigenden Verlagsvertrages [3]) — auf Auszeichnung des Niessbrauchsverhältnisses in den vom Patentamte geführten Patentrollen [4]) zu. Kurz der Niessbraucher hat das Recht auf Uebertragung des betreffenden Urheberrechtes in der für dasselbe üblichen oder gesetzlich vorgeschriebenen Weise. Der Niessbraucher cavirt dagegen dem Erben für richtige — dem arbitrium boni viri — entsprechende Erfüllung der übernommenen Verbindlichkeiten.

3) Ein unmittelbar aus dem Testamente entstehendes Verlagsrecht ist nicht anzunehmen. Der Abschluss eines förmlichen Verlagsvertrages ist am einfachsten im Stande, die sich kreuzenden Interessen des Erben und des Niessbrauchers und insbesondere auch die Verpflichtung des Erben zu wahren, für Publikation der Schrift im Sinne des Erblassers zu sorgen.

4) Das deutsche Patentrecht kennt eine Verzeichnung des Pfandverhältnisses beim Patentamte cf. Dernburg, Preuss. Privatr. II. S. 738 Anm. 6. In ähnlicher Weise wäre das Niessbrauchsverhältniss auszuzeichnen.

Ist dem Niessbraucher das Recht zugestanden, durch entgeltliche Uebertragung und Ausübungsgestattung das betreffende Urheberrecht zu verwerten, so hat gleichfalls die Uebertragung des Rechts auf den Niessbraucher in entsprechender Weise stattzufinden. Der Erbe kann mittelst einer persönlichen Actio incerti hiezu verhalten werden, der Niessbraucher cavirt dagegen für ein dem arbitrium boni viri entsprechendes Gebahren mit dem ihm übertragenen Rechte.

Steht dem Niessbraucher das Recht selbständiger geschäftlicher Verwertung des Urheberrechts zu, so lucrirt er auch die durante usufructu hieraus gezogenen Vorteile.

Hat der Niessbraucher dagegen nur das Recht erhalten, durch entgeltliche Uebertragung, beziehungsweise Ausübungsgestattung aus dem Urheberrechte Nutzen zu ziehen, so ist derselbe zur Restitution des eingehobenen Entgeltes finito usufructu verpflichtet — ausgenommen einen bereits oben berührten Fall. Ist nemlich seitens des Niessbrauchsconstituenten eine Verwertung des Urheberrechtes begonnen worden, die einen so ziemlich gleichbleibenden periodischen Ertrag liefert, oder ist ein solcher Verwertungsmodus bei der bestimmten Art von Urheberrechten üblich, dann ist dem Niessbraucher das Recht zuzusprechen, diese „Früchte des geistigen Eigentums“ zu lucriren.

Ich wiederhole schliesslich, dass soweit die vorstehenden Ausführungen nicht Abweichungen ergeben haben, auf den Niessbrauch am Autorrechte die Grundsätze vom Sachenniessbrauch tunlichst analoge Anwendung zu finden haben.

§. 26.

VIII. Niessbrauch eines Anteils an einer offenen Handelsgesellschaft.[1])

Der Fall der Bestellung eines Niessbrauchs an dem Anteile einer offenen Handelsgesellschaft dürfte ein praktisch seltener sein. Trotz sorgfältigen Umsehens ist mir denn auch kein dieses Verhältniss behandelndes Judicat eines Gerichtes bekannt geworden[2]). Der Niessbrauch wird regelmässig nur von Todeswegen bestellt und der Tod eines Gesellschafters löst, von ausdrücklicher Vereinbarung abgesehen, die offene Handelsgesellschaft (Art. 123 Z. 2). — Ueberdies wird die Niessbrauchsbestellung an einem Gesellschaftsanteile regelmässig der wirthschaftlichen Entwicklung einer Handelsgesellschaft nachteilig sein und deshalb besser vermieden werden, da durch dieselbe das Interesse des Gesellschafters, dessen Anteil in usufructu ist, an der Prosperität des Unternehmens — auch wenn man das Recht des Niessbrauchers noch so einschränkend auslegt — jedenfalls zu einem minder actuellen wird.

Der Gesellschaftsanteil eines offenen Handelsgesellschafters ist eine gegen die Handelsgesellschaft als solche beziehungsweise — wenn man die juristische Persönlichkeit der offenen Handelsgesellschaft leugnet — eine gegen die übrigen Socii gerichtete Forderung. Diese Forderung wird bei der Auflösung der offenen Handelsgesellschaft beziehungsweise beim Ausscheiden oder der Ausschliessung des betreffenden Socius fällig. Während der Teilnahme des Socius an der Gesellschaft hat derselbe nur 1) ein unbedingtes Recht auf den Bezug der, mangels anderer Verabredung vierprocentigen, Zinsen seines Ge-

---

1) Cf. Dernburg, Preuss. Privatrecht I. S. 607 fg. Die im folgenden entwickelten Sätze haben auch zu gelten, wenn der Anteil des Complementars einer Commanditgesellschaft oder einer Actiencommanditgesellschaft in usufructu ist.

2) Das gilt auch von den in den §§. 27 u. 28 behandelten Verhältnissen.

sellschaftsanteiles für das letztverflossene Geschäftsjahr (Art. 108), 2) ein von der Bedingung, „dass es nicht zum offenbaren Nachteile der Gesellschaft“ gereicht abhängiges Recht auf den Bezug des Gewinnanteils des letztverflossenen Geschäftsjahres. Zinsen wie Gewinn erscheinen juristisch als Früchte des Gesellschaftsanteiles und vermehren, wenn sie nicht bezogen werden, dessen Substanz. Eventuelle Verluste mindern den Gesellschaftsanteil, der sonach als eine variirende Gröse sich darstellt.

Der Niessbrauch an dem Anteile einer offenen Handelsgesellschaft erscheint daher als Niessbrauch an einer Forderung, die mit der Auflösung der Gesellschaft beziehungsweise dem Austritte oder der Ausschliessung des Gesellschafters fällig wird. Das jus exigendi des Forderungsniessbrauchers kann daher erst nach Eintritt eines der erwähnten Ereignisse mit der Actio cessa beziehungsweise im Falle verweigerter Cession mit der Actio utilis geltend gemacht werden[3]. Während der Dauer der offenen Handelsgesellschaft, genauer während der Theilnahme des Socius an der Handelsgesellschaft, hat der Niessbrau-

3) An Sachen, die dem Gesellschafter bei Auflösung der Gesellschaft zufallen, erwirbt der Usufructuar je nach ihrer Beschaffenheit Quasiusufructus oder verus ususfructus. — Das letztere wird z. B. bei den Immobilien der Fall sein, deren Eigentum sich der Socius reservirte. Im Falle einer solchen Reservation stehen dem Socius neben der Klage aus dem Gesellschaftsvertrage dingliche Klagen zu. Mit dem Niessbrauch am Gesellschaftsanteile concurrirt dann ein Niessbrauch an diesen Gegenständen, deren Eigentum für den Socius reservirt ist. Durante societate ist dieser Sachenniessbrauch, weil dessen Gegenstände dem Gesellschaftsverhältniss gewidmet sind, unwirksam und geht ganz verloren, wenn diese Objecte von den Gläubigern der Gesellschaft in Execution gezogen werden. Gehören dagegen diese Gegenstände bei Beendigung des Gesellschaftsverhältnisses zum Gesellschaftsvermögen, dann wird das Eigentum des Socius und das Niessbrauchsrecht des Usufructuars wirksam und neben der Actio cessa beziehungsweise utilis aus dem Gesellschaftsvertrage concurrirt für den Niessbraucher die Actio confessoria.

cher das Recht auf die „Früchte“ des Gesellschaftsanteiles, die Zinsen und den Gewinn.

Dernburg, (Preuss. Privatrecht I. Bd. S. 629 fg.) räumt dem Niessbraucher nur ein Recht auf die Zinsen des Gesellschaftsanteiles ein und spricht ihm das Recht des Gewinnbezuges ab. Die Gründe, die Dernburg hiefür anführt sind folgende: Es ergebe sich erst mit der Beendigung der offenen Handelsgesellschaft endgiltig ob Gewinn oder Verlust gemacht wurde. Der jährlich berechnete Gewinnbetrag vermehre die Substanz des Gesellschaftsanteiles. Das Gewinnbezugrecht des Socius sei ein höchst persönliches, discretionares auf einen Dritten nicht übertragbares.

Diese Argumentation Dernburgs ist jedoch keine zutreffende. Vorerst ist es nicht richtig, dass es sich erst mit der Beendigung der offenen Handelsgesellschaft endgiltig ergebe ob Gewinn oder Verlust gemacht wurde. Mit Ablauf jedes Geschäftsjahres (Vgl. Grünhut in seiner Zeitschrift I. Bd. S. 388 fg.) wird auf Grund des Inventars und der Bilanz der Gewinn berechnet[4]). Gewinn im juristischen Sinne ist immer nur die Differenz der Bilanzen zweier aufeinanderfolgender Geschäftsjahre. Wie die Schwankungen zwischen dem Anfang und dem Ende eines Geschäftsjahres für die Frage nach Gewinn und Verlust gleichgiltig sind, so ist es auch unzulässig, den in der Bilanz des Geschäftsjahres ausgedrückten Vermögensstand der Gesellschaft mit der Bilanz eines anderen als des unmittelbar folgenden Jahres zu vergleichen, um dadurch den endgiltigen Gewinn festzustellen. Zum mindesten fehlt einer solchen Feststellung jede juristische Bedeutung. Das gesagte gilt von der offenen Handelsgesellschaft genau so wie von der Aktiengesellschaft. Bei der Aktiengesellschaft aber lässt sich kaum bezweifeln, dass eine Vergleichung einer Bilanz mit der Bilanz eines anderen als des nächstfolgenden Geschäftsjahres juristisch irrelevant ist. Nur hat der Actionär ein festes

---

4) Ebenso Brinckmann, Lehrbuch des Handelsrechts, §. 42 II. Anschütz und Völderndorff, Commentar zum Handelsgesetzbuch II. Bd. S. 223.

Recht auf Auszalung des in der statutenmässigen Weise für die Actie festgestellten Gewinnanteiles, während das Gewinnbezugsrecht des offenen Handelsgesellschafters von der Voraussetzung, dass dieser Gewinnbezug nicht zum offenbaren Nachteile der Gesellschaft gereiche, bedingt ist.

Von diesem Gewinnbezugsrecht behauptet Dernburg es sei ein discretionäres, unübertragbares. Wäre dem wirklich so, dann könnte dem Niessbraucher ebensowenig das Zinsenbezugsrecht eingeräumt werden, denn auch die Zinsen kann der Gesellschafter unbezogen lassen, und auch das Zinsenbezugsrecht kann einer capitalsarmen Handelsgesellschaft unter Umständen nachteilig sein. Das Gewinnbezugsrecht ist aber auch kein unübertragbares, denn der Gesellschafter kann seinen Gewinnanteil verpfänden, die Privatgläubiger des Gesellschafters können auf denselben Execution Arrest oder Beschlagnahme erwirken (Art. 119).

Nach Art. 98 Abs. 2 ist der Gesellschafter befugt einen Dritten einseitig an seinem Anteile zu beteiligen, seinen Anteil an einen Dritten abzutreten. Aus einer solchen Beteiligung oder Abtretung erwirbt der Dritte zwar nicht das Recht der Einsicht der Handelsbücher und Papiere, wol aber muss man ihm ganz zweifellos das Recht zusprechen, das Gewinnbezugsrecht des Gesellschafters geltend zu machen. In dem Abs. 2 des Art. 98 haben wir somit geradezu eine gesetzliche Bestimmung, auf die wir das Gewinnbezugsrecht des Niessbrauchers, soferne man es sonst zweifelhaft findet, stützen können.

Dieselbe Schranke, die dem Gewinnbezugsrechte des Gesellschafters entgegensteht, muss aber auch dem Gewinnbezugsrechte des Niessbrauchers entgegen stehen. Er darf den auf den Gesellschaftsanteil entfallenden Gewinnbetrag nur beziehen soweit es nicht zum offenbaren Nachteil der Gesellschaft gereicht, worüber im Streitfalle das richterliche Ermessen zu entscheiden hat. — Das Rechtsmittel, das dem Niessbraucher zur Erlangung der Zinsen und des Gewinnes zusteht, ist ganz analog der Zinsenklage des Niessbrauchers einer Forderung überhaupt. Es ist eine Actio cessa beziehungsweise utilis gegen die

Gesellschaft resp. alle übrigen Gesellschafter. Finito usufructu ist der Usufructuar zu deren Rückcession verpflichtet.

Dem Niessbraucher kann keinesfalls das Recht der Einsicht in die Bücher und Papiere der Gesellschaft eingeräumt werden. Wol aber muss ihm das Recht zugesprochen werden, gegen den offenen Gesellschafter, an dessen Anteil ihm der Niessbrauch bestellt ist, mit einer Actio incerti darauf zu klagen, dass derselbe ihm durch Verschaffung einer beglaubigten Bilanzabschrift die Höhe des Gesellschaftsvermögen und den Gewinn zu erfahren ermöglicht. Hiedurch allein ist der Niessbraucher im Stand seine Klage auf Zinsenbezug wie auf den Gewinnanteil zu fundiren.

Bezüglich der Entstehung und Endigung des Niessbrauchs an einem Anteil einer offenen Handelsgesellschaft der Cautionspflicht des Niessbrauchers etc. haben die Regeln des Forderungsniessbrauchs Platz zu greifen.

Schliesslich mag noch erwähnt werden, dass der Socius durch den seinen Gesellschaftsanteil belastenden Niessbrauch, nicht gehindert sein kann, die Auflösung der Gesellschaft durch Kündigung herbeizuführen, beziehungsweise aus der Gesellschaft auszutreten. Der Gesellschafter kann — abgesehen von besonderer Festsetzung — nicht verpflichtet werden um des Rechts eines Anderen willen, sein ganzes Vermögen dem Risico einer Unternehmung anzuvertrauen.

§. 27.

IX. Der Niessbrauch am Gesellschaftsanteile eines stillen Gesellschafters.

Der Gesellschaftsanteil eines stillen Gesellschafters ist eine gegen den Inhaber des Handelsgewerbes gerichtete Forderung, die mit der Auflösung der Gesellschaft fällig wird. Bis dahin gewährt dieselbe nur ein unbedingtes Bezugsrecht des jährlich festgestellten Gewinnes, jedoch kein Zinsenbezugsrecht. Der Niessbrauch an einem solchen Gesellschaftsanteil ist daher ein ususfructus nominis und gewährt während des Bestandes der Gesellschaft dem Niessbraucher das

Recht, den auf den Anteil des stillen Socius entfallenden Gewinn zu beziehen. Nach Auflösung der Gesellschaft kann der Niessbraucher das jus exigendi des Forderungsniessbrauchers geltend machen, ein Recht, das sich nur soweit erstreckt, als die Einlage des stillen Gesellschafters durch die durante societate eingetretenen Verluste nicht vermindert wurde.

Der Art. 253 HG. gibt dem stillen Gesellschafter das Recht, „die abschriftliche Mittheilung der jährlichen Bilanz zu verlangen und die Richtigkeit derselben unter Einsicht der Bücher und Papiere zu prüfen. Das Handelsgericht kann auf den Antrag des stillen Gesellschafters, wenn wichtige Gründe dazu vorliegen, die Mitteilung einer Bilanz oder sonstiger Aufklärungen nebst Vorlegung der Bücher und Papiere jeder Zeit anordnen.“ Stehen diese Rechte auch dem Niessbraucher zu?

Der Gesellschaftsantheil eines stillen Gesellschafters ist frei cessibel in dem Sinne, dass der Cessionar stiller Gesellschafter wird, denn das Gesellschaftsverhältniss ist ein Vertrauensverhältniss zwischen dem stillen Socius und dem Inhaber des Handelsgewerbes, nicht umgekehrt. Dem Cessionar stehen somit anders als bei der offenen Handelsgesellschaft die Rechte des Art. 253 HG. uneingeschränkt zu. — Da aber der Niessbraucher zur Fundirung seiner Klage auf den Gewinnbezug und nach Auflösung des Gesellschaftsverhältnisses auf die Auszalung des Gesellschaftsanteiles der Kenntniss von der Geschäftslage des Inhabers des Handelsgewerbes bedarf, so sind ihm die Rechte des Art. 253 Abs. 1 gleichfalls zuzugestehen. Die weitergehende — von dem arbitrium judicis abhängige — Befugniss des Art. 253 Abs. 2 HG. ist dem Niessbraucher, weil sie zur Geltendmachung seiner Rechte nicht unbedingt nötig ist, nicht einzuräumen.

In allem übrigen haben auf den Niessbrauch am Anteile einer stillen Gesellschaft die Grundsätze über den Forderungsniessbrauch Anwendung zu finden.

§. 28.

X. Der Niessbrauch eines Handelsgeschäfts [1].

Der Niessbrauch an einem ganzen Vermögen ist die Summe der Niessbrauchsrechte an allen einzelnen zu diesem Vermögen gehörigen Objecten (cf. oben S. 2 fg.).

Die Anwendung desselben Princips auf den Niessbrauch an einem Handelsgeschäft — dem Inbegriff aller Rechtsverhältnisse, welche mit dem Betriebe eines Handelsgewerbes in Beziehung stehen (Hahn, Commentar 2. Aufl. S. 105 §. 3) — erscheint jedoch wegen der wirtschaftlichen Connexität dieses Vermögenscomplexes unzulässig.

Das in einem Unternehmen engagirte tatsächlich, wenn auch nicht juristisch, von dem übrigen Vermögen des Geschäftsinhabers und Niessbrauchsconstituenten gesonderte [2] Vermögen ist demnach als ganzes in usufructu.

Der Niessbraucher eines Handelsgeschäftes hat Anspruch auf den Gewinn, wie er sich auf Grund des Inventars und der Bilanz als Resultat jedes abgelaufenen Geschäftsjahres ergibt. Anderer Ansicht ist Dernburg (l. c.

---

1) cf. Dernburg, Preussisches Privatrecht I. S. 628.

2) Diesen Gesichtspunkt der Selbständigkeit des Handelsgeschäftes übertreibt Endemann, Handelsrecht §§. 15 fg. — Eine ganz ähnliche Erscheinung finden wir in der römischen Peculienwirtschaft. cf. Roesler in der Zeitschrift für Handelsrecht IV. Bd. S. 300 fg. L. 41 D. de peculio 15. 1. „Nec servus quicquam debere potest nec servo potest debere, sed cum eo verbo abutimur, factum magis demonstramus, quam ad ius civile referimus obligationem". — So sagen auch wir „ich schulde einer Firma", „eine Firma schuldet mir", juristisch aber ist der Geschäftsherr Gläubiger bezw. Schuldner. Sehr weit in der Anerkennung der tatsächlichen Selbständigkeit des Handelsgeschäftes geht ein Erkenntniss des österreichischen obersten Gerichtshofes (Zeitschrift für Handelsrecht VI. Bd. S. 576 — Allgem. Oesterr. Gerichtszeitung 1862 Nr. 49), das in Bestätigung eines Erkenntnisses des Wiener Oberlandesgerichtes die Compensation mit Forderungen ausschliesst, die dem Geklagten gegen ein anderes dem Kläger gehöriges Geschäft zustanden.

S. 628). Er schreibt dem Usufructuar nur das Recht auf den Bezug „laufender üblicher [3]) Zinsen des Geschäftskapitals, welches sich nach der jedesmaligen letzten Jahresbilanz berechnet“, zu. Danach hätte der Niessbraucher einmal das Recht, die üblichen Zinsen zu beziehen, auch wenn das Geschäft im abgelaufenen Geschäftsjahr nicht einmal die Zinsen des Geschäftskapitales trug, und die Zinsen des Niessbrauchers vermehren respective bilden dann den Verlust des Geschäftes (Art. 106 Abs. 3) — andererseits aber nicht das Recht auf den Bezug des nach Abzug der Zinsen sich ergebenden Gewinnes. Dernburg motivirt seine Ansicht damit, dass sich Gewinn und Verlust endgiltig erst nach Beendigung des Geschäfts aus dessen Gesammtresultat ergeben.

Ich habe nun bereits oben darzustellen Gelegenheit gehabt, dass diese Auffassung Dernburgs unserem Handelsgesetzbuche fremd ist. Wo das Gesetzbuch vom Geschäftsgewinn spricht, meint es den auf Grund der jährlichen Bilanz jährlich festgestellten Gewinn. Nur diese jährliche Gewinnfestsetzung ist von juristischer Relevanz. Ferner ist zu erwägen, dass der ökonomische Wert eines Geschäftes [4]) durch das in ihm verwendete Capital durchaus nicht vollständig repräsentirt wird. Der einem Geschäfte gewährte Credit, die Absatzverhältnisse desselben, die häufig durch tatsächliche und manchmal durch juristische Monopole geschützt sind, sind Factoren, die den Wert eines Handelsgeschäftes auf das wesentlichste beeinflussen. Hauptsächlich in Berücksichtigung dieser Momente hat der Handelsbrauch seit jeher und hat das Handelsgesetzbuch (Art. 22) die Fortführung der bisherigen Geschäftsfirma beim Erwerb

---

3) Es ist nicht klar, ob Dernburg mit den Worten „übliche Zinsen“ die 4%igen Zinsen des Art. 106, oder die 6%igen Zinsen des Art. 292 Abs. 2 HG. oder endlich den ortsüblichen Zinsfuss meint.

4) cf. Brinckmann, Lehrbuch des Handelsrechts S. 55.

eines bestehenden Handelsgeschäftes gestattet [5]). Bei einer Einschränkung des Niessbrauchs auf den Zinsenbezug des Geschäftskapitals fänden diese Factoren gar keine Berücksichtigung.

Ueberdiess kennt das Handelsrecht ein Verhältniss, das unserem Niessbrauchsfalle vollkommen analog ist. Ich meine das eines stillen Gesellschafters zum Geschäftsinhaber. Der Besteller eines Niessbrauchs an einem Handelsgeschäfte will dem Niessbraucher den ökonomischen Gewinn desselben zuwenden, ohne ihm die Verwaltung desselben zu übertragen. Der stille Gesellschafter will sich den ökonomischen Ertrag des Geschäftes, an dem er mit seiner Einlage participirt, pro rata dieser seiner Einlage sichern, ohne auf die Geschäftsgebahrung irgend welche Ingerenz zu nehmen. Die Anwendung der das Verhältniss des stillen Gesellschafters zum Geschäftsinhaber normirenden Rechtssätze ergibt aber ein der Ansicht Dernburgs widersprechendes, meine Auffassung bestätigendes Resultat, denn der stille Gesellschafter hat kein Zinsenbezugsrecht von seiner Einlage, wol aber den Anspruch auf den seiner Einlage entsprechenden Teil des Gewinnes.

Zur Fundirung seines Anspruchs auf den Gewinnbezug ist dem Niessbraucher arg. Art. 253 Abs. 1 das Recht zuzusprechen, abschriftliche Mitteilung der jährlichen Bilanz zu verlangen und die Richtigkeit derselben unter Einsicht der Bücher und Papiere zu prüfen. Die weitergehende — vom arbitrium judicis abhängige — Befugniss des Art. 253 Abs. 2 ist, weil zur Fundirung des Rechts des Niessbrauchers nicht unbedingt nötig, ihm nicht einzuräumen.

Die Klage des Niessbrauchers gegen den Geschäftsherrn ist die persönliche Actio ex testamento respective aus dem der Niessbrauchsconstituirung zu Grunde liegenden Vertrage. Dem Niessbraucher ist, falls sein Recht auf einen letzten

5) cf. den bei Hahn, Commentar 2. Aufl. S. 104 §. 1 abgedruckten Absatz aus den Motiven zum preussischen Entwurfe eines Handelsgesetzbuches.

Willen sich gründet, überdiess das Recht auf Bestellung der Cautio legatorum servandorum causa zu dringen einzuräumen, da sich sein Recht juristisch als ein eigentümliches legatum redituum characterisirt.

Da der Niessbraucher zu einer Restitution des Bezogenen finito usufructu nicht verpflichtet ist, so fehlt auch jede Veranlassung zur Bestellung einer Cautio usufructuaria.

Der Geschäftsinhaber ist (von besonderer Festsetzung abgesehen) durch das sein Geschäft belastende Niessbrauchsrecht an der Aufgebung des Geschäftes nicht gehindert, da er ja nicht gezwungen werden kann, sein Vermögen, seine Kraft und Zeit, einem Unternehmen zuzuwenden, dessen Risico er zu tragen hat, dessen Ertrag aber einem Anderen zukömmt. Wol aber ist er verpflichtet bei der Aufgebung des Geschäftes das Interesse des Niessbrauchers als ein bonus vir zu wahren. Er ist daher, wo möglich zu einer vorteilhaften Veräusserung des Geschäftes verpflichtet, und nur mangels der Gelegenheit einer solchen Veräusserung darf er das Geschäft einfach auflösen. Im Falle der Veräusserung des Geschäftes erwirbt der Niessbraucher den Quasiususfructus an dem für dasselbe erhaltenen Kaufpreise, im Falle der Auflösung des Geschäftes den Niessbrauch an den das Geschäftsinventar — nach Abzug der Passiven — ausmachenden Vermögensobjecten.

Hier mag noch eine Frage besprochen werden. Wie ist es zu halten, wenn an einem ganzen Vermögen ein Niessbrauch letztwillig bestellt ist, in dem Vermögen aber ein Handelsgeschäft, das fortgeführt werden soll, sich befindet. Hat hier der Vermögensniessbraucher ein Niessbrauchsrecht an dem Handelsgeschäfte in der eben entwickelten Weise, oder ist er auf den Zinsenbezug eines Kapitales beschränkt, das dem Werte des Geschäftes zur Zeit der Entstehung des Niessbrauchs entspricht. Ich möchte mich für die letztere Alternative entscheiden. Das natürliche, normale Verhältniss ist doch das, dass, wer ein Geschäft führt, seine Kraft und Zeit auf dessen Betrieb verwendet, auch den Ertrag des Geschäftes erntet. Wer eine Abweichung von diesem Verhält-

niss will, der mag diess ausdrücklich sagen — in der allgemeinen Bestellung des Niessbrauchs an einem ganzen Vermögen kann diese Absicht aber nicht erblickt werden.

Dem Niessbraucher eines Handelsgeschäftes kann dasselbe zur freien Verfügung und Verwaltung überlassen sein. Mit Recht hat sich Dernburg (l. c. S. 628) dagegen erklärt, den Niessbraucher solchenfalls als Vertreter des Proprietars zu eigenen Gunsten zu betrachten, der den Proprietar mit den Geschäftsschulden belastet, sich aber den Reinertrag anzueignen berechtigt ist. Wer in der Lage ist durch die Verwaltung fremden Vermögens sich den Gewinn desselben anzueignen, der mag auch das Risico seiner geschäftlichen Operationen tragen. — Der richtige Weg scheint mir der auch von Dernburg in dieser Frage betretene zu sein. Der Niessbraucher übernimmt das Handelsgeschäft, wie er es findet, sammt allen Aktiven und Passiven, er wird Firmaträger, haftet für die Geschäftsschulden, die er contrahirt und bezieht den Geschäftsertrag durante usufructu. Nach Beendigung des Niessbrauches hat er das Handelsgeschäft in einem Werte, der dem Werte zur Zeit des Beginns des Niessbrauchs mindestens gleichkömmt, zu restituiren.

Dem Niessbraucher steht eine Klage aus dem Testament beziehungsweise dem Niessbrauchsbestellungsvertrag gegen den Geschäftseigentümer auf Uebertragung des Geschäftes, Einräumung des Rechts der Führung der alten Firma etc. zu. Der Niessbraucher ist dagegen zur Bestellung einer Caution verpflichtet, für welche sowie bezüglich aller anderen etwa noch aufwerfbaren Fragen, soweit die Natur des besprochenen Niessbrauchsverhältnisses es nicht hindert, die Regeln von Sachenniessbrauch analoge Anwendung zu finden haben.

Beilage.

Der Quasiususfructus und ihm verwandte Contracte, insbesondere das Pignus irregulare.

Die juristische Form seiner Verwirklichung — Eigentumsübertragung gegen Verpflichtung zur Restitution in genere [1]) — hat der uneigentliche Niessbrauch an Sachen (der Quasiususfructus) gemeinsam mit einer Anzal von Geschäftsfiguren, die man mit Rücksicht auf dieses gemeinschaftliche Charakteristicum mit dem Collectivnamen creditum bezeichnet [2]).

In diesen Verträgen gehört vor allem das Darlehn, dessen namentlich von den älteren Schriftstellern betonte Aehnlichkeit mit dem Quasiususfructus demnach eine unbestreitbare ist [2a]). Eine befriedigende Darstellung der den Quasiususfructus vom Darlehn unterscheidenden Momente vermisse ich in der bisherigen Literatur; einige Bemerkungen hierüber dürften daher nicht überflüssig sein.

---

1) In welchen Fällen anstatt der Restitution von tantundem eiusdem qualitatis die Aestimationssumme zu restituiren ist, darüber vgl. oben §. 5.

2) Bekanntlich haben die Römer unter den Begriff der „res creditae" alle Contracte subsumirt, die auf Rückgabe einer Sache gerichtet sind, das Darlehn ebenso wie das pignus und commodatum (L. 1 §. 1 D. de R. C. 12. 1. L. 2 §. 3 D. eod.), ganz besonders aber jene Contracte, die, weil sie das Eigentum von Sachen auf den Empfänger übertragen und diesen zur Restitution von tantundem verpflichten, ein besonderes Vertrauen in die Person des Schuldners voraussetzen, mit dem Ausdrucke „in creditum ire" „in creditum abire" „in credito esse" bezeichnet cf. Savigny V. S. 512 fg., ausserdem aus neuester Zeit die Ausführungen Jherings (Der Zweck im Recht S. 169 fg.).

2a) Cf. Glück IX. S. 410 fg. und die bei ihm citirten, Held, die Lehre vom Ususfructus earum etc. S. 34 fg.

Wie die juristische Form, so ist auch der ökonomische Zweck beim Darlehn und beim Quasiususfructus der gleiche. Die Nutzung bestimmter Sachen soll dem Darlehnsschuldner wie dem Quasiusufructuar temporär zugeführt werden. Das Darlehn kann unentgeltlich gewährt sein, wie es in der weitaus grössten Zal von Fällen beim Quasiususfructus der Fall ist. Die Klage aus dem Darlehn geht wie die Klage gegen den Quasiusufructuar auf ein certum (unrichtig daher Held l. c. S. 34 fg.).

Ein Unterschied zwischen Darlehn und Quasiususfructus besteht aber

1) darin, dass dem Quasiususfructus gewisse Entstehungsgründe vor dem Darlehn eigentümlich sind. So kann der Quasiususfructus ex lege entstehen und in gewissen Fällen durch richterlichen Zuspruch begründet werden. — Letztwillig kann dem Erben wie die Verpflichtung zur Bestellung eines Quasiususfructus, so die Verpflichtung zur Hingabe eines Darlehns auferlegt sein. Der letztwillig bestellte Quasiususfructus unterscheidet sich jedoch dadurch von dem letztwillig bestellten Darlehn, dass auf den ersteren dieselben Grundsätze zur Anwendung kommen, wie sie dem legirten verus ususfructus eigentümlich sind (cf. oben §. 4).

2) Der Quasiususfructus unterscheidet sich ferner vom Darlehn durch die oben (§. 6) ausführlich besprochenen Cautionsvorschriften.

3) Der Quasiususfructus endigt durch den Tod des Berechtigten und zwar — abgesehen von dem Falle, dass der Quasiususfructus als ein vererblicher bestellt wurde (L. 5 pr. D. quibus m. ususfr. am. 7. 4, L. 38 §. 12 D. de V. O. 45. 1) — auch dann, wenn derselbe auf einen bestimmten Zeitraum beschränkt oder unter einer resolutiven Bedingung bestellt ist und der Berechtigte innerhalb dieses Zeitraumes oder vor Eintritt der Bedingung stirbt. Ein Darlehn kann dagegen, wenn ein bestimmter Endtermin desselben nicht verabredet ist, sofort zurückgefordert werden, und der Tod des Schuldners ist auf dessen Fortbestand einflusslos. Dem Quasiususfructus eigentümlich ist weiter die Bestimm-

ung, dass der einer juristischen Person eingeräumte Quasiususfructus durch Ablauf von 100 Jahren aufhört und der Endigungsgrund der L. un. C. si secundo nupserit mulier V. 10.

4) Die Beschränkungen des SC. Macedonianum haben nur auf das Darlehn nicht aber auf den Quasiususfructus Anwendung zu finden. Dasselbe gilt von den Bestimmungen über die Exceptio non numeratae pecuniae, die nach der m. E. richtigen Ansicht [3]) auf das Darlehn einzuschränken sind.

5) Endlich ist zu erwähnen, dass unvertretbare Sachen wol Gegenstand eines Quasiususfructus nicht aber eines Darlehns sein können, dass vielmehr über unvertretbare Sachen nur ein dem Darlehn ähnlicher Innominatcontract geschlossen werden kann — und dass beim Quasiususfructus der Schuldner in gewissen Fällen die Aestimationssumme zu restituiren hat, während im Falle der Verpflichtung des Schuldners zur Restitution von Sachen anderer Art als er direct oder indirect erhalten hat, kein Darlehn, sondern nur ein demselben ähnlicher Innominatcontract vorliegt.

Bei einem inter vivos bestellten Quasiniessbrauch kann es sich nun leicht fügen, dass die eben besprochenen dem Quasiususfructus vor dem Darlehn eigentümlichen Bestimmungen im concreten Falle keine Anwendung finden. Setzen wir z. B. den Fall, der A bestellt dem B einen Quasiniessbrauch an 1000 Thalern und erlässt ihm die Cautionsstellung, oder der A bestellt an der gleichen Summe dem B und seinen Erben unter Verzicht auf die Caution einen Quasiususfructus für die Dauer von 30 Jahren. A hätte dasselbe erreicht, wenn er dem B ein bei seinem Tode beziehungsweise in 30 Jahren fälliges, unverzinsliches Darlehn gegeben hätte. An der Ansicht älterer Schriftsteller (cf. die bei Glück IX. S. 410 fg. citirten), der Quasiususfructus könne inter vivos darum nicht bestellt werden, weil das Geschäft sonst ein Darlehn wäre, ist daher so viel wahr, dass es bei einem unter Lebenden bestellten Quasiususfructus unter

3) Vgl. die Literatur über diesen Punkt bei Windscheid II. Bd. §. 372 Anm. 13.

Umständen gleichgiltig sein kann, ob man das Geschäft einen Quasiususfructus oder ein Darlehn nennt.

Unter den Begriff des creditum in dem oben hervorgehobenen Sinne fallen auch die von den Neueren passend [4]), wenn auch unrömisch sog. irregulären Contracte, die daher insoferne dem Quasiususfructus ähnliche Rechtsfiguren sind. Das depositum irregulare [5]) und die locatio conductio operis irregularis — als bekanntes Beispiel der letzteren nenne ich den unregelmässigen Transportvertrag [6]) — sind zwei hieher gehörige, schon den Römern geläufige Geschäftsformen. Während beim regelmässigen Depositum oder Transportvertrag, der Deponent, der Absender Eigentümer bleibt und neben den Klagen aus den unterliegenden obligatorischen Verhältnissen dinglichen Klagschutz geniesst, die beiden genannten Verträge wie der verus ususfructus Geschäfte über individuell bestimmte Sachen sind, wird beim unregelmässigen Depositum, beim irregulären Transportvertrag der Depositar, der Transporteur

---

4) Indem man einen solchen Contract einen irregulären nennt, drückt man kurz und bündig aus, er habe dieselbe wirtschaftliche Function wie der entsprechende reguläre Contract, erreiche sie aber in einer anderen juristischen Form.

5) Cf. die Fälle eines depositum irregulare in L. 25 §. 1 D. dep. 16. 3, in L. 24 ib. Ueber den stillschweigenden Abschluss eines solchen L. 31 D. loc. 19. 2.

6) L. 31 D. loc. 19. 2 (Saufeius). Ein Anwendungsfall desselben aus dem modernen Leben sind die Geldsendungen mittelst Postanweisung. — Der Vertrag, der den Miether zur Restitution der Sache oder einer Taxe verpflichtet (Locatio conductio rei irregularis L. 54 §. 2 D. loc. 19. 2, vgl. auch L. 15 §. 3 comm. 13. 6 L. 1 §. 1 D. de aestim. 19. 3 Gaius III. 146) fällt nicht unter den Begriff des creditum im obigen Sinne. Der Vermiether bleibt Eigentümer der vermietheten Gegenstände, durch die Verpflichtung der eventuellen Restitution der Taxe soll nur die Gefahr auf den Miether überwälzt werden. Ueber die L. 3 D. loc. 19. 2, vgl. Windscheid II. §. 400 Anm. 22, über den Eisenviehcontract Gerber, System §. 180.

Eigentümer und ist wie der Quasiusufructuar zur Restitution einer gleichen Quantität Sachen gleicher Qualität bloss obligatorisch verpflichtet.

Eine interessante Analogie des Quasiususfructus bilden die im modernen Verkehr sehr gebräuchlichen Baarcautionen — das pignus irregulare. Diese Analogie, auf die bisher m. W. nur einmal in Kürze aufmerksam gemacht wurde [7], gibt mir willkommenen Anlass auf die Construction des pignus irregulare in den folgenden Ausführungen näher einzugehen.

Das pignus irregulare [8] besteht in der Hingabe einer Sache zu Eigentum in der Absicht der Sicherheitsleistung für eventuelle aus einem unterliegenden Verhältnisse entstehende Ansprüche, gegen die Verpflichtung des Empfängers zur seinerzeitigen Restitution nicht der geleisteten Species, sondern einer Sache der gleichen Qualität. Der häufigste Gegenstand des pignus irregulare sind Quantitäten vertretbarer Sachen und zwar insbesondere baares Geld. An die Baarcaution, den Normalfall des pignus irregulare, will ich daher die Darstellung unseres Verhältnisses anlehnen.

Der Cautionsempfänger wird Eigentümer der geleisteten nummi, das pignus irregulare begründet daher, soferne man überhaupt das Pfandrecht als ein Recht an fremder Sache definirt [9], kein Pfandrecht.

In der gemeinrechtlichen Praxis wurde das pignus irre-

---

7) Vgl. die Recension der Schrift von Pfaff (Geld als Mittel pfandrechtlicher Sicherstellung) im Archiv für praktische Rechtswissenschaft. Neue Folge VI. Bd. S. 213.

8) In wie zalreichen Fällen das pignus irregulare im heutigen Leben Verwendung findet, darüber vgl. Pfaff, Geld als Mittel S. 4 fg.

9) Eine Einschränkung die durchaus nicht immer, so z. B. nicht von Windscheid (I. §. 224 a. A.) gemacht wird. — Die ältere Theorie ist über diese Schwierigkeit harmlos hinweggegangen, vgl. statt Aller Gesterding Ausbeute IV. S. 14 fg., dann eine Entscheidung des österr. O. G. H. Glaser-Unger II. 1017 und Stubenrauch Commentar zum österr. bgl. Gesetzb. 2. Aufl. I. Bd. S. 564.

gulare vielfach als depositum irregulare [10]) aufgefasst, während eine andere in das sächsische bgl. Gesetzbuch (§. 493) aufgenommene Ansicht in dem p. irr. ein Darlehn erblickt. Eine Abhandlung über dieses Thema aus dem vorigen Jahrhundert [11]) und Neuda [12]) fassen das p. irr. als eine Zusammensetzung aus Darlehn und Pfandrecht auf. Die drei eben referirten Ansichten widersprechen offensichtlich der Parteienintention und sind gegenwärtig in der Theorie allgemein aufgegeben.

Die dem p. irr. ex professo gewidmete Abhandlung von Pfaff [13]) construirt das Rechtsverhältniss bei Baarcautionen in folgender Weise: das p. irr. begründet ein Pfandrecht des Cautionsempfängers an der gegen ihn selbst gerichteten Forderung des Cautionsleisters auf Restitution von tantundem eiusdem qualitatis, eine Forderung die allein um desswillen in's Leben gerufen wurde, um dem Cautionsempfänger als eventuelles Befriedigungsmittel zu dienen.

Ich will nun die logische Möglichkeit oder Unmöglichkeit der Pfaff'schen Auffassung ganz unerörtert lassen (vgl. oben S. 65), halte jedoch den Vorwurf den ihr Windscheid (I. §. 226a Anm. 2) macht, sie sei eine wenig natürliche dem Parteiwillen nicht entsprechende für zutreffend [14]).

10) Seuffert IV. Nr. 239, vgl. auch das bei Gruchot Beiträge X. Bd. S. 465 Anm. abgedruckte Erkenntniss der Juristenfacultät Würzburg aus dem Jahre 1849. Striethorst Archiv 8. 361 und Dernburg Compensation 2. Aufl. S. 515 und Anm. 3 ib.

11) Aug. Balthasar de pecunia in locat. conduct. praediorum soluta (1739) citatus bei Gesterding l. c.

12) Oesterr. Gerichtszeitung 1860 Nr. 121 fg., vgl. auch die Entscheidung des österr. O. G. H. Glaser-Unger VI. 2894.

13) Geld als Mittel pfandrechtlicher Sicherstellung (1868) vgl. nam. S. 35. — Pfaffs Auffassung haben sich angeschlossen Hofmann, Krit. VJSchr. XII. S. 524 fg. Arndts, Pand. 7. Aufl. §. 367 Anm. 4. Kirchstetter, Commentar zum österr. bgl. Gesetzb. 2. Aufl. S. 230 Anm. 1.

14) Vgl. auch die Anzeige der Pfaff'schen Schrift im Archiv für prakt. R. W. N. F. VI. Bd. S. 213.

Es sei mir erlaubt an einer Consequenz der Pfaff'schen Ansicht dieses Urteil zu rechtfertigen. Der Cautionsempfänger A kann für die ihm gegebene Caution dem Cautionsleister B eine Gegencaution bestellen. Das geschieht sehr häufig durch Bestellung eines Pfandrechts. A constituirt z. B. an seinem Grundstücke zu Gunsten des B ein Pfandrecht für die Forderung, die der B gegen ihn hat. An dieser Forderung des B gegen den A hat aber — nach Pfaff — der A selbst ein Pfandrecht und dieses ergreift somit ipso iure als Afterpfandrecht das die Forderung des B gegen den A garantirende Pfandobject. Der Cautionsempfänger A erwirbt also ein Afterpfandrecht an seinem eigenen Grundstück, resp. in Ländern des Grundbuchsrechts einen Anspruch auf Eintragung eines Afterpfandrechts zu seinen Gunsten, zu Lasten seines eigenen Grundstückes. Diese gewiss nicht der Parteienintention entsprechende Consequenz ist m. E. von Pfaffs Standpunkt aus — obwol sie dieser durch eine gelegentliche Bemerkung ablehnt [15]) — unvermeidlich.

Exner hat die Richtigkeit seiner Auffassung des Pfandrechts (vgl. oben S. 42 und S. 58 Anm. 7 u. 8) auch an

---

15) S. 71 Anm. 157. „Ueberhaupt nötigt unsere Annahme nicht im geringsten dem die Caution stellenden Cautionsempfänger ein Pfandrecht an seiner eigenen Sache zuzuschreiben." — Von Pfaffs Standpunkt aus wird man dem im Texte Gesagten vielleicht den Einwand entgegensetzen, es werde nicht leicht jemandem beifallen, ein solches Afterpfandrecht in Anspruch zu nehmen. Auch sei, wenn diese Sicherstellung des Cautionsleisters grundbücherlich geschieht, eine besondere Supereinverleihung des Empfängers nicht erforderlich, „da auch ohnediess die Widmung des Betrages als Caution aus dem Grundbuche ersichtlich wird." (Pfaff l. c. S. 71 Anm. 157). Es ist nun ganz richtig, dass ein Afterpfandrecht der gedachten Art ein recht unpraktisches ist, (Pfaff l. c. S. 71. Exner, Kritik S. 180). Allein es kömmt gar nicht auf die statistische Häufigkeit der Inanspruchnahme eines solchen Afterpfandrechts oder auf den praktischen Wert oder Unwert einer bezüglichen bücherlichen Eintragung, sondern darauf an, ob der Richter, wenn er in einem concreten Falle um Zuer-

dem p. irr. zu erproben versucht [16]). Das Rechtsverhältniss bei Baarcautionen soll sich zusammensetzen aus einer betagten Forderung des Cautionsbestellers gegen den Cautionsempfänger auf Rückgabe des hingegeben Kapitals sammt Anhang, und einem pendenten Pfandrechte an den res debitae zu Gunsten des Cautionsempfängers. Tritt die Pfandforderung — also z. B. der Cassadefect - ein, so muss der Gläubiger sich das Eventualpfandrecht erst schaffen, indem er die Rückzalung und pfandweise Beschlagnahme der Caution beziehungsweise Cautionsquote in's Werk setzt. Die solutionis nomine dem Cautionsbesteller zur Verfügung gestellten res debitae verfallen dem Pfandrechte des Cautionsempfängers und werden pignoris nomine von demselben eingezogen.

Der Exner'schen Construction ist nun zuzugeben, dass sie eine mögliche ist; sie führt nicht, wie Windscheid (I. §. 226a. Anm. 2) meint, zu einem „dinglichen Recht an generisch bestimmten Sachen," da ja nach Exner ein Faustpfandrecht erst mit der erfolgten Individualisirung der res debitae entsteht. Dagegen fehlt auch der Exner'schen Auffassung jene Einfachheit und Natürlichkeit, die eine Construction auszeichnen soll, wenn sie die Schwierigkeiten der praktischen Behandlung eines Rechtsinstitutes nicht erhöhen, sondern mindern soll.

Exner ist es nicht entgangen, dass der Cautionsempfänger, nach Eintritt der Pfandforderung nicht in allen Fällen eine Individualisirung der res debitae vornehmen wird, um an den abgesonderten Species ein Faustpfandrecht zu erwerben. Diesem naheliegenden Einwand begegnet Exner durch die Bemerkung, der Gläubiger (Cautionsempfänger) könne die Schaffung des Faustpfandrechts, weil sie ihm freistehe, „nach Belieben" unterlassen. Die Rückzalung und pfand-

---

kennung eines solchen bücherlichen oder nicht bücherlichen Afterpfandrechts angegangen wird, dem Begehren stattzugeben hat oder nicht. — Von der Pfaff'schen Construction des p. irr. aus muss aber diese Frage bejaht werden.

16) Cf. Exner, Kritik S. 178 fg.

weise Beschlagnahme der Caution oder Cautionsquote zugleich liege „in der Erklärung an den Cautionsleger: ein Ersatzanspruch im Betrage von so und so viel liege vor und sohin werde von der Caution ebensoviel verfallen erklärt“ (S. 186). — Exner selbst gibt also zu, dass es Fälle gibt, in denen das pendente Pfandrecht an den res debitae seine Wirkung vollkommen erreicht, ohne zu einem wirklichen Pfandrecht geworden zu sein. Erwägt man nun, dass seit überhaupt Baarcautionen vorkommen, wol kaum jemals ein Cautionsempfänger im Falle des Eintritts der Pfandforderung sich durch tatsächliche Individualisirung der res debitae und erst hierauf erfolgte Abrechnung befriedigt haben dürfte, so gelangt man zu dem Resultate, dass beim p. irr. im Sinne Exners ein pendentes Pfandrecht vorliege, das so gut als niemals zu einem wirklichen Pfandrecht wird, trotzdem aber seinen Zweck vollkommen erfüllt. Dann aber liegt doch die Frage ausserordentlich nahe, ob es wirklich ein Gewinn für eine befriedigende Auffassung des pignus irregulare war, zu seiner Construction ein Pfandrecht herbeizuziehen, welches das Vorstadium der Pendenz niemals zu verlassen bestimmt ist.

Im Gegensatze zu den eben besprochenen Constructionen von Pfaff und Exner ist die von Windscheid in der 4. Auflage seiner Pandekten aufgestellte von geradezu bestechender Einfachheit. Nach Windscheid (I. §. 226a. Anm. 2) will der durch die Uebergabe einer Caution geschlossene Vertrag — ich werde diesen künftighin kurz Cautionsvertrag nennen — den Cautionsempfänger nur für den Fall verpflichten, wenn er befriedigt wird. Werde der Cautionsempfänger nicht befriedigt, so sei er so wenig verpflichtet, wie in diesem Falle der Empfänger einer fiducia es war. — Verstehe ich Windscheid recht, so ist nach seiner Ansicht das Befriedigtsein des Cautionsempfängers Bedingung seiner Verpflichtung [17]). Zur

---

17) Dass Windscheid in der Tat die im Texte formulirte Auffassung hat, scheint mir zur Evidenz aus der von ihm citirten

näheren Darstellung der Windscheid'schen Auffassung diene folgendes Beispiel. Ein Cassier bestellt dem Cassaherrn eine Caution von 1000 Thalern. Löst sich das Verhältniss in normaler Weise, so hat der Cassier das Recht 1000 Thaler zurückzufordern, denn die Bedingung dieser seiner Forderung, das Befriedigtsein des Cassaherren bei Lösung des Verhältnisses ist eingetreten. Tritt dagegen ein Cassadefect von sagen wir ebenfalls 1000 Thalern ein und löst sich das Verhältniss zwischen Beiden, so hat der Cassier gegen den Cassaherrn, weil der letztere nicht befriedigt und daher die für das Existentwerden der Forderung des Cassiers gesetzte Suspensivbedingung nicht eingetreten ist, nichts zu fordern.

Gegen Windscheids Auffassung spricht nun ein Bedenken, dem wie wir gleich sehen werden, praktische Bedeutung zukömmt. Das Existentwerden der Forderung

---

L. 16 D. de solut. 46. 3 hervorzugehen, die da lautet: — — si quis, qui sub condicione pecuniam promisit, dedit eam ea condicione, ut, si condicio extitisset in solutum cederet, existente condicione liberari eum nec obstare, quod ante eius pecunia facta est. — Auf die Analogie des p. irr. mit der fiducia hat auch Goldschmidt Handelsrecht I. Aufl. §. 88 Anm. 29 S. 912 aufmerksam gemacht. Das p. irr. ist der fiducia insoferne ähnlich, als bei beiden Eigentumsübergabe zum Zwecke der Sicherstellung stattfindet. Es unterscheidet sich von derselben insoferne, als bei der fiducia die Pflicht des Gläubigers auf Rückgabe ex pacto fiduciae zu ihrer Voraussetzung die Befriedigung desselben für seine Forderung hat, während der Cautionsvertrag eine obligatio ad restituendum zunächst ganz unabhängig von irgend einem anderen Umstand begründet (vgl. die folgenden Ausführungen im Text), weiter dadurch, dass beim p. irr. die Restitution nicht in specie stattzufinden hat wie bei der fiducia. — Windscheids Auffassung, wie ich sie im Texte formulirt habe, findet sich, wie ich beiläufig bemerke, vertreten in einem sorgfältig motivirten Erkenntniss des österr. OGH. Glaser-Unger I. 271 (abgedruckt auch bei Gruchot, Beiträge X. Bd. S. 463 fg.). Vgl. auch Kirchstetter, Commentar zum österr. bgl. GB. 1. Aufl. S. 212 Anm. 1.

des Cautionslegers ist nach Windscheid bedingt durch das Befriedigtsein des Cautionsempfängers. Nach allgemeinen Beweisgrundsätzen würde demnach dem Cautionsleger der Beweis des Befriedigtseins des Cautionsempfängers obliegen, was die Stellung des ersteren um so mehr verschlechtert, als dieses Befriedigtsein in der Regel eine negative Tatsache — den Nichteintritt einer Schädigung — bedeutet.

Dem eben Gesagten wird man vielleicht entgegenhalten, das Befriedigtsein des Cautionsempfängers sei allerdings Bedingung seiner Verpflichtung, allein ihm obliege der Beweis, dass diese Bedingung nicht eingetreten sei — er sei schlechterdings verpflichtet, soferne er nicht beweise eine Gegenforderung zu haben. Ist dem aber so — und ich bin der letzte diess zu leugnen — ist dann das Verhalten des Cautionsempfängers nicht ein Aufrechnen, ein Abrechnen, ein Compensiren, oder wie immer man seine Tätigkeit nennen mag, und bedarf es nicht einer juristischen Charakterisirung dieser Tätigkeit des Cautionsempfängers?

Keine der bisher besprochenen Ansichten über das p. irr. hat, wie ich gezeigt zu haben glaube, der Intention der Parteien bei Abschluss von Cautionsverträgen vollkommen genügt. Ich will es daher versuchen, ehe ich meine eigene Ansicht über das p. irr. entwickle, die Parteienintention die mit der Eingehung von Cautionsverträgen gemeiniglich verbunden zu sein pflegt, näher zu besprechen.

Der Cautionsleister will durch die Caution dem Empfänger Deckung für eventuelle Ansprüche geben, der Cautionsempfänger eine solche erhalten. Zu diesem Zwecke wird eine Summe Geldes — oder auch Wertpapiere oder wie schon oben hervorgehoben vertretbare oder unvertretbare Sachen anderer Art zu Eigentum übergeben. Löst

sich das zwischen den Parteien[18]) bestehende Verhältniss, ohne die Entstehung von Ansprüchen für die die Caution bestellt wurde, dann ist der Cautionsempfänger zweifellos verpflichtet die ganze Cautionssumme zu restituiren. Tritt aber der unerwünschte Fall ein, für den die Caution bestellt wurde, entsteht um auf das obige Beispiel zurückzugreifen ein Cassadefect, dann braucht der Cautionsempfänger (der Cassaherr) nur die den ihm erwachsenen Schaden übersteigende Cautionssumme zurückzugeben, der Cautionsleister nur so viel aufzuzalen, als der von ihm verursachte Schaden die Cautionssumme übersteigt. Beide Teile sind in und ausser dem Processe, als Kläger wie als Beklagte zu einer Abrechnung der Cautionssumme berechtigt.

Der Zweck des pignus irregulare besteht also darin, die Möglichkeit dieser Abrechnung herbeizuführen. Der Cautionsvertrag bestimmt die Voraussetzungen unter denen diese Abrechnung seiner Zeit stattgefunden haben wird und ist deshalb ein Vertrag über künftige Abrechnung.

Die weitere Frage ist nun die: ist unsere Abrechnung ein Geschäft sui generis, der Cautionsvertrag soferne er auf künftige Abrechnung gerichtet ist, ein Vertrag eigener Art, oder aber sind beide nur Anwendungsfälle von unserem Rechtsleben bereits geläufige Geschäftsfiguren? Die folgenden Ausführungen sollen erweisen, dass die Abrechnung beim p. irr. unter den Begriff der Compensation fällt und darum der Cautionsvertrag, soferne er die künftige Abrechnung betrifft ein pactum de compensando ist.

Die Richtigkeit dieser Behauptung dürfte sich am besten erproben lassen, wenn wir die Abrechnung beim

18) Ich will der Einfachheit wegen annehmen, dass der Cautionsleister auch die in dem Verhältnisse, für das cavirt wurde, stehende Person ist. Das kann selbstverständlich auch anders sein und z. B. für den Cassier ein Dritter Caution leisten. Die juristische Structur des Cautionsvertrages bleibt auch in diesem Falle die gleiche, vgl. hierüber die folgenden Ausführungen im Text.

p. irr. wie sie von den Parteien im Zweifel als gewollt anzunehmen ist, in ihren Voraussetzungen und Wirkungen näher prüfen.

a) Die Abrechnung (Aufrechnung) beim p. irr. ist wie die Compensation eine Aufrechnung gleichartiger Forderungen. Das ist für Baarcautionen auf den ersten Blick klar. Der Forderung des Cautionsempfängers auf Restitution einer Summe baaren Geldes stehen auf Geld [19]) gerichtete Ersatzforderungen entgegen. Ist dem aber so bei anderen Fällen des pignus irregulare? Wenn der Cassier A dem Cassaherrn B 5 Stück Nordbahnactien als Caution gibt, mit der Beredung ihm seiner Zeit wieder 5 Stück Nordbahnactien zu restituiren und ein Cassadefect von 1000 Thalern entsteht, kann man da sagen, es stehen sich gleichartige Forderungen gegenüber und ohne dem Begriffe der Compensation Gewalt anzuthun die Abrechnung Compensation nennen?

Das erhobene Bedenken wird wol durch die Erwägung beseitigt, dass der Parteienintention gemäss im Falle des Eintritts von Ersatzforderungen der Courswerth von 5 Stück Nordbahnactien als eventuelles Restitutionsobject zu gelten hat. Diese Forderung aber ist der Ersatzforderung gleichartig und darum mit der letzteren compensabel.

b) Der Bezeichnung der Abrechnung als Compensation wird vielleicht das weitere Bedenken entgegengesetzt werden, es fehle in gewissen Fällen des p. irr. eine Voraussetzung der Compensation, die von einigen Ausnahmen abgesehen, nicht fehlen darf, wenn man eine Abrechnung Compensation nennen will, — die der Gegenseitigkeit der Forderungen. Setzen wir nemlich den Fall, dass eine andere Person die Caution bestellt als diejenige, die in dem sichergestellten Verhältniss steht — dass also z. B. für

19) Begrifflich nothwendig ist es nicht, dass die Ersatzforderungen unmittelbar auf Geld gehen, praktisch kann ich mir jedoch kaum einen Fall denken, in dem für ein Verhältniss cavirt würde, aus dem nicht Geldforderungen entständen.

einen Cassier ein Dritter Caution leistet. Kann man die Abrechnung von Ersatzforderungen gegen den Cassier mit der dem Cautionsbesteller gegen den Cassaherrn zustehenden Restitutionsforderung Compensation nennen? — Ich antworte darauf unbedenklich mit ja und erinnere hiefür an die bereits im römischen Rechte anerkannten Fälle der Compensation mit Forderungen, die nicht dem Compensanten zustehen. Wie man anstandslos die Aufrechnung seitens des Bürgen und des dritten Pfandbesitzers mit Forderungen des Hauptschuldners, des Correalschuldners mit Forderungen des ihm regresspflichtigen Correus und den Fall der Aufrechnung seitens des Schuldners gegen den einen Gläubiger mit Forderungen gegen den dem ersteren regresspflichtigen Mitgläubiger unter den Begriff der Compensation subsumirt, — so darf man ohne diesem Begriff eine unzulässige Ausdehnung zu geben, auch in dem besprochenen Falle die Abrechnung zwischen der Forderung des Cautionsbestellers gegen den Cautionsempfänger und Forderungen des letzteren gegen die Person für die cavirt wurde (den Cassier) Compensation nennen. Wie in den eben citirten Fällen das Gesetz von dem Erforderniss der Gegenseitigkeit absieht, so sehen in unserem Falle die Parteien vertragsmässig im vorhinein von demselben ab — an der juristischen Natur der Abrechnung wird in dem einen wie in dem anderen Falle nichts geändert.

c) Dass das dem Begriffe der Compensation wesentliche Erforderniss der Gleichartigkeit der Forderungen unserer Abrechnung eigentümlich ist, hingegen das nicht einmal in allen Fällen der sog. Compensatio necessaria nothwendige Erforderniss der Gegenseitigkeit der Forderungen bei der Abrechnung aus dem p. irr. nicht in allen Fällen zutrifft, haben wir eben erwähnt. Ob die übrigen Erfordernisse der Compensatio necessaria bei unserer Aufrechnung notwendig sind oder nicht, näher zu untersuchen, ist aus einem doppelten Grunde überflüssig. Einmal weil unsere Abrechnung eine C^io^ ex pacto und nicht eine C^io^ necessaria ist, woraus sich von selbst ergibt, dass nicht

alle Erfordernisse der letzteren bei der Abrechnung aus dem p. irr. zuzutreffen brauchen. Dann aber kann ich mich in diesem Punkte auf die durchaus zutreffenden Bemerkungen von Pfaff (l. c. S. 54, S. 58) berufen.

d) Die drei wichtigsten Wirkungen der Compensabilität sind α) die Sistirung des Zinsenlaufes, β) die Aufhebung des Verzugs des Schuldners, endlich γ) das Recht der Rückforderung des in Unkenntniss des Compensationsrechtes geleisteten [20]). Sehen wir zu, ob diese Wirkungen auch der Aufrechenbarkeit der Forderungen beim pignus irregulare eigentümlich sind. α) Sehr häufig wird die Caution seitens des Cautionsempfängers verzinst. In einem solchen Falle wird sicherlich die Annahme der Parteienintention entsprechen, dass soferne Ersatzforderungen des Cautionsempfängers eintreten nur von dem nach Abzug derselben übrig bleibenden Reste Zinsen zu bezahlen sind. β) Von einem Verzuge des Cautionsempfängers in der Rückzahlung der Cautionssumme kann nur die Rede sein, soferne die Caution die Ersatzforderungen überragt und ebenso ist umgekehrt der Cautionsleister, bezüglich der Ersatzforderungen nur insoweit im Verzuge als dieselben nicht ohnehin durch die Caution gedeckt erscheinen, vorausgesetzt, dass durch die Lösung des sichergestellten Verhältnisses die Forderung des Cautionsleisters auf Restitution der Caution bereits fällig geworden ist. γ) Restituirt der Cationsempfänger die empfangene Caution oder bezalt der Cautionsleister [21]) trotz geleisteter Caution die dem Cautionsempfänger erwachsenen Forderungen, so steht dem Cautionsempfänger die Condictio indebiti des Geleisteten bis zur Höhe seiner Ersatzforderungen, dem Cautionsleister die Condictio indebiti bis zur Höhe der Caution zu. Dass die C[1] indebiti in den eben hervorgehobenen

20) Vgl. über die Wirkungen der Compensabilität die überzeugenden Ausführungen von Eisele, Compensation S. 259 fg.

21) Ich setze wiederum voraus, dass der Cautionsleister auch die in dem sichergestellten Verhältniss stehende Person ist.

Beziehungen Platz zu greifen hat, entspricht so sehr der Parteienintention bei der Eingehung des pignus irregulare, dass deren Zulässigkeit wol keiner näheren Begründung bedarf.

e) Pfaff polemisirt zwar ausführlich dagegen, der in Frage stehende Abrechnungsfall sei ein Anwendungsfall der sog. C^{io} necessaria (l. c. S. 52 fg.), um so kürzer beseitigt er den Einwand, der Cautionsvertrag sei ein pactum de compensando, unsere Abrechnung eine Compensation ex pacto. Er meint (l. c. S. 49): „Die specifisch pfandrechtlichen Ergebnisse zu denen wir gelangen werden, könnten aus dem Gesichtspunkte eines pactum de nomin. comp. nicht gewonnen werden.“ Ein solches specifisch pfandrechtliches Ergebniss führt Pfaff ib. Anm. 102 an: „So können z. B. die Rechtsverhältnisse, die sich bei einer weiteren Verpfändung des Cautionsrückforderungsrechts ergeben, nur aus dem Gesichtspunkte, dass der Cautionsempfänger das erste Pfandrecht habe, in ihrem richtigen Lichte gesehen werden.“ Pfaff bespricht später (S. 54 Anm. 110) das Rechtsverhältniss im Falle der Verpfändung der Forderung des Cautionsbestellers gegen den Cautionsempfänger, die er, da nach seiner Ansicht der Cautionsempfänger an dieser Forderung ein Pfandrecht hat, eine Weiterverpfändung nennt. Das angeblich aus pfandrechtlichen Gesichtspunkten zu gewinnende Resultat besteht nun nach Pfaff darin, dass wenn der (zweite) Pfandgläubiger zum jus exigendi greife, ihm der verpfändete Schuldner (der Cautionsempfänger) in seiner Qualität als prior creditor entgegenhalten könne, er sei während des Bestandes des Pacht- oder Dienstverhältnisses die Caution zurückzuzalen nicht verpflichtet.

Dass nun — um wieder auf das alte Beispiel zurückzugreifen — der Pfandgläubiger, dem der Cassier sein Forderungsrecht gegen den Cassaherrn verpfändet, das jus exigendi der ihm verpfändeten Forderung iure pignoris während des Bestandes des Dienstverhältnisses zwischen Cassaherrn und Cassier gar nicht und nach dessen Auf-

lösung nur auf den nicht vom Cassaherrn in Anspruch genommenen Rest geltend machen könne, ist gewiss richtig. Nur bedarf es zur Erklärung dieses Satzes wahrlich nicht pfandrechtlicher Gesichtspunkte.

Die Forderung des Cassiers gegen den Cassaherrn ist eine betagte, sie wird fällig im Momente der Lösung des Dienstverhältnisses, darum kann, da „nemo plus juris transferre potest, quam ipse habet", der Pfandgläubiger als Rechtsnachfolger des Cassiers die ihm verpfändete Forderung nicht früher exigiren. Der Pfandgläubiger kann ferner auch in diesem Momente einfach darum nicht mehr exigiren, als den nach Abzug etwaiger Ansprüche des Cassaherrn übrigbleibenden Rest, weil es eben eine Cautionsforderung ist die der Cassier verpfändet hat, eine Forderung von der der Pfandgläubiger wissen musste, dass ihr ein allen anderen Rechten schlechthin vorgehendes Compensationsrecht des Cassaherren aus dem Cautionsvertrage zustehe. Andere specifisch pfandrechtliche Ergebnisse, die die Auffassung unserer Abrechnung als Compensation ex pacto hindern sollen, hat Pfaff m. W. nirgends angeführt und so glaube ich denn auch den Einwendungen Pfaffs [22]) gegenüber erwiesen zu haben, dass die Abrechnung beim pignus irregulare eine Compensation ex pacto und der Cautionsvertrag, soferne er die Voraussetzungen künftiger Abrechnung bestimmt ein pactum de nominibus compensandis ist.

Der Cautionsvertrag begründet also einmal eine Forderung des Cautionsbestellers auf Restitution derselben Quantität von Sachen gleicher Qualität und das Recht des Cautionsempfängers wie des Cautionsbestellers mit Gegenforderungen, die dem sicher gestellten Verhältniss entspringen zu compensiren. Diese Compensation kann ver-

---

22) Pfaff ist m. W. der einzige Schriftsteller, der gegen die Compensationsnatur der Abrechnung beim p. i. ausdrücklichen Widerspruch erhoben hat.

tragsmässig (durch einen Vertrag über Compensation)[23]) oder gerichtlich geschehen. Die Voraussetzungen des Compensationsrechtes der beiden Parteien sind aus den speciellen Vertragsberedungen und in deren Ermanglung aus der Natur und dem Zwecke des Cautionsvertrages zu entnehmen.

Das Compensationsrecht des Cautionsempfängers ist ein privilegirtes, insoferne eine Verpfändung der Restitutionsforderung des Cautionsleisters nur soweit wirkt als die Ansprüche aus dem sichergestellten Verhältniss gedeckt sind. Das Compensationsrecht des Cautionsbestellers ist ein privilegirtes, insoferne ihm der Cautionsempfänger andere Forderungen als die aus dem sichergestellten Verhältniss entspringenden, der Parteienabsicht gemäss erst nach Lösung des sichergestellten Verhältnisses und nur insoferne entgegenhalten darf, als die Forderungen aus dem Verhältniss für das die Caution bestellt wurde, sichergestellt erscheinen.

Die Aehnlichkeit der ökonomischen Wirkung der Baarcautionen mit der des Pfandrechts ist eine so in die Augen springende, dass es leicht begreiflich ist, wenn darüber nur zu häufig, die juristische Verschiedenheit beider vergessen wurde. Das Verhältniss zwischen dem pignus irregulare und dem Pfandrechte ist dasselbe, wie zwischen dem Quasiususfructus und dem verus ususfructus. Wie beim Quasiususfructus die ökonomische Wirkung eines jus in re aliena in obligatorischer Form erreicht wird, so ist das pignus irregulare ein obligatorisches Gebilde, das ökonomisch gleich dem Pfandrechte wirkt.

Will man das pignus irregulare unter eine römische Contraktskategorie bringen, so kann es nur die der sog.

---

23) Jedes pignus irregulare enthält ein pactum de nominibus compensandis, einen Compensationsvertrag, die Abrechnung aus dem p. irr. kann vertragsmässig, durch einen Vertrag über Compensation geschehen. Vgl. über diese Terminologie Eisele, Compensation S. 229 und ib. Anm. 22.

Contractus innominati [24]) sein. Die Klage des Cautionsbestellers auf Restitution ist dann eben so passend eine Actio praescriptis verbis zu nennen, eine Klage die der Actio pigneratitia in personam directa nur ähnlich nicht diese selbst ist [25]). Unsere Rückforderungsklage ist der A° pigneratitia in p. dir. ähnlich, soferne die Voraussetzung ihrer Geltendmachung das Aufhören des Verhältnisses ist, um dessenwillen die Cautionsbestellung erfolgte, während aber die A° pigneratitia in p. dir. je nach Umständen den mannigfachsten Inhalt haben kann, kann das Petit bei der Klage auf Rückgabe einer Baarcaution nur auf Restitution von tantundem eiusdem qualitatis gerichtet sein. Das Abrechnungsrecht des Cautionsempfängers wird dieser Klage gegenüber als Compensationseinrede ex pacto geltend zu machen sein.

Der Cautionsempfänger kann seinerseits in die Lage kommen gegen den Cautionsbesteller zu klagen; dann nemlich, wenn die ihm erwachsenen Ersatzforderungen die Caution überschreiten. Der Cautionsempfänger ist dann sicherlich cum compensatione zu klagen berechtigt (vgl. Dernburg Comp. 2. Aufl. S. 546 fg. Eisele S. 362 fg.).

Der Cautionsbesteller kann sein Abrechnungsrecht einmal als Einrede gegenüber der Klage des Cautionsempfängers auf Bezalung der Ersatzforderungen aus dem sichergestellten Verhältniss geltend machen. Der Cautionsbesteller kann dasselbe jedoch auch als Kläger zur Geltung bringen, wenn er, wozu er berechtigt ist, cum compensatione auf Restitution der Caution klagt.

---

24) Vgl. auch das bei Gruchot, Beiträge X. Bd. S. 465 Anm. abgedruckte Erkenntniss der Juristenfacultät Würzburg vom Jahre 1849.

25) Nicht ganz genau deshalb Dernburg, Pfandr. I. S. 429, Preuss. Privatr. I. S. 791.

Inhaltsübersicht.

Beilage.

